P E'

ZII MATERNI DELL' ESTINTO MARCHESE DI DUCENTA

D. SALVATORE FOLGORI.

Nella Prima Camera della G. C. Civile.

In mancanza di figli e di discendenti, di ascendenti, di fratelli e di sorelle, e de' loro discendenti, *la successione apparterrà agli zii*, *ed alle zie*, e quindi al collaterale più prossimo, IN QUALUNQUE LINEA SI TROVINO (Articolo 673 Leggi Civili).

INDICE.

Omnes judices nostros veritatem, et legum, et justitiae sequi vestigia sancimus (L. 13 cod. de sentent. et interlocut. jud.).

INTRODUZIONE.

§. I.

Origine ed elementi della causa.

Il Regno delle due Sicilie è debitore alla saviezza ed alle paterne cure di S. M. della nuova legislazione, che ne' fasti della storia ha segnato l'epoca memorabile del suo desiderato sviluppo. L'opera concepita dall'Immortal Carlo III. è stata felicemente

compiuta dall' Augusto Suo Figlio Nostro Sovrano, che, guidato dal suo genio, e superiore ai vecchi e nuovi errori, ha conservato le utili instituzioni de' padri nostri, ed accolto quelle che nella bilancia della ragione trovavano un posto distinto, sostenuto dalla sperienza e protetto dal ben comune.

Fra i sistemi che animarono le novelle leggi, fuvvi *l' annientamento delle sostituzioni di qualunque natura; l' invito alle donne di succedere in concorrenza de' maschi; l' abolizione di ogni favore per le linee o per l' agnazione*. Queste utili novità, le quali valsero ad iscomporre le fortune in poche mani accumulate in pregiudizio della parte più numerosa de' cittadini; a dar freno a' vizj sempre giganteschi nell' ozio e nell' eccesso de' godimenti; a rimuovere ogni differenza fra' sessi, riprovata dalla natura; non che ad unire con più stretti legami i rapporti tra le famiglie, furono tutte adottate ed ingentilite dall' Augusto riformatore delle nostre leggi.

E perciò, mentre al primo apparire de' novelli statuti nacque per tutti l' obbligo di osservarli, surse pe' Giudici un dovere di molto maggiore interesse. Custodi delle leggi, essi ebbero il mandato di assicurarne l' imperio, facendone l' applicazione con una vi-

gilanza che trionfi di tutte le insidie che l' amor di lite sovente intesse per sovvertirle.

Ne' fasti della nuova giurisprudenza; di quella che nacque dopo la promulgazione de' codici francesi; e che quindi ha prosperato coll' alimento della legislazione che ora abbiamo, non uno, ma parecchi esempj s' incontrano di cause celebri, nelle quali da una parte i buoni principj furon rintuzzati dall' arte, e dallo studio forense; e dall' altra Giudici fermi ed imparziali, squarciando la magica tela delle argomentazioni fallaci, e forti allo scontro, glorificaronsi di decidere non con altra norma che quella loro additata dagli oracoli del Legislatore.

Ma non vi ha, nè vi sarà forse in avvenire un caso più famigerato della successione dell' ultimo marchese di Ducenta Salvatore Folgori, tolto alla vita nella verde età di anni 17 compiti. La mancanza di un testamento che l' opera fosse della di lui volontà, richiamava l' applicazione del novello editto successorio, ed invitava i collaterali in egual grado delle due linee a raccorre il ricco patrimonio trasmessogli da' suoi maggiori.

Nacque però inopportuna asprissima ed inattesa lite, nella quale D. Nicola Folgori, il maggior

degli zii paterni del defunto, disotterrando il testamento del di costui padre, atto che è nullo o rivocato per legge, ha preteso come *pupillar sostituito* di succeder solo.

In oltre gli altri due zii dallo stesso paterno lato, ricorrendo per loro soli a' principj del successorio editto, domandarono che si escludessero i congionti della linea materna, sull'appoggio della rinunzia che la madre del defunto fece in quel patto, escogitato ne' vecchi tempi per colmare il vòto delle consuetudini, ed inteso ad impedire che la successione per linee dalla esistenza de' genitori s'interrompesse.

Al contrario gli zii materni, opponendo a queste mire ambiziose lo scudo inviolabile delle leggi in vigore, chiesero di concorrere nella disputata successione; e di rappresentar le quote dovute ad altri tre loro germani che, pria di professar voti religiosi in monasteri non incapaci di acquistare in comune, avean fatto traslativa rinunzia di tutt' i loro dritti presenti e futuri.

Il pubblico che mai non s'inganna, e che imparzialmente livella i suoi giudizj sul tenor sacro delle leggi, non guasto nè corrotto dalle passionate esercitazioni de' forensi, disapprovò nel nascere questa giudi-

ziaria disfida; ed intervenne spettatore di una lutta ostinata, nella quale dovea il regno delle leggi consolidare la sua possanza.

Ed in vero, i primi Giudici non furono scossi nè dagli straordinarj sforzi della eloquenza, nè dalle memorie abbondantemente scritte meno per bisogno della causa, che per far pompa di sapere e di arte. Alla voce autorevole del Pubblico Ministero rispose concorde la univoca sentenza de' Giudici; e la vantata sostituzion pupillare, e i patti di Capuana e Nido, opposti per limitare la influenza delle nuove leggi, precipitarono al pari di quell' edifizio che imprudentemente si fondi sopra basi di argilla.

Era da sperarsi che, dopo questo primo mal riuscito cimento, nel quale nè mezzi nè cure furono da' dotti difensori delle parti risparmiati o negletti, si fosse ognuno acchetato all' oracolo della giustizia. Ed i primi a dar l' esempio di sì lodevole docilità stati sarebbero i zii materni, i quali, tutto che torto non avessero in sostener le rinunzie de' loro fratelli, restaron perditori in questa parte, il numero de' successori delle due linee essendosi dal Tribunal Civile ristretto a quei soli che sono esistenti nel secolo.

Vane lusinghe! D. Nicola Folgori, non pago delle ragioni diffusamente e con raro metodo ordinate nella sentenza che proclama il suo torto, ha voluto portarne doglianza alla Gran Corte Civile; quasi la legislazione fosse bifronte! o mutasse linguaggio col volto de' Giudici! o tutti gli argomenti prodotti in di lui difesa non si fossero confutati!

Sull' esempio del preteso pupillar sostituito, han pure appellato gli altri due zii dal paterno lato, nuovamente pretendendo che i Pignatelli, per vigor de' patti di Capuana e Nido, si escludessero; ed in ciò, la prima volta in appello, lo stesso D. Nicola Folgori subordinatamente va pur di concerto co' suoi fratelli. In tal modo si raddoppian gli sforzi per restringere l' effetto del nuovo successorio editto, al quale rapir si vorrebbe la virtù di regolare il destino di quei diritti eventuali o sperati che vanno ad aprirsi sotto il suo dominio!

I zii materni non era giusto che fossero spettatori indifferenti in mezzo a tanto trambusto. Tormentati da ogni lato, da parte di uno che vorrebbe l'intero, e di due altri che uniti al primo, gridano perchè si conservasse una privilegiata successione per linee, i Pignatelli ricorrono animosi al presidio della

legge per difendersi contro tutti. E quindi, rianimando la quistione in che furono la prima volta vinti, vengon pur essi a far modesta censura della sentenza de' primi Giudici.

Ecco la origine e gli elementi di una causa che serve di pabolo a' crocchi più scelti, ed eminentemente per le sue conseguenze interessa il foro come i privati.

§. II.

Partizione delle materie.

In una causa che va risoluta da ben pochi chiarissimi principj di antico e nuovo dritto, non dovremmo che esporgli in sostegno delle ragioni de' legittimi successori dell' estinto marchese D. Salvatore Folgori.

Ma per invilupparne la condotta, per renderla se non difficile, almeno caliginosa, sebbene il fatto fosse interamente ritroso agl' improprj disegni del primo provocator della lite, si è con rara industria frugato presso che in tutt' i voluminosi trattati di ragion legale, per trovarvi degli argomenti come dar credito alla ingiusta guerra che si prosegue.

Quindi è che il pregio più caro delle umane produzioni, *la brevità*, non può distinguersi in questa occasione. Bisogna smuovere tutte le basi dell' edifizio architettato dal pupillar sostituito, e dagli altri zii dal paterno lato; e per farlo, noi

siamo stati da dura necessità astretti a deviare dal nostro sistema abituale, ricorrendo con lunghe dimostrazioni alle prime cause di ogni teorica da' nostri avversarj seguita. Con questo metodo i mezzi che escogitammo per rialzar la difesa de' zii materni saranno di nuova luce splendenti; e i leggitori delle nostre carte troveranno un compenso nella verità delle dottrine, nel rigore del metodo praticato per additarle, e nella chiarezza che suole associarvisi.

Questo nostro lavoro in nove parti diviso, presenta come corollarj, 1. che il testamento del marchese Ferdinando Folgori, il quale lasciò di vivere nel 1810, è rivocato o nullo; 2. che, supponendolo valido ed esistente, niun diritto ne nasce in favore di D. Nicola Folgori, mentre la sostituzione di che si vanta, ove svanita non fosse nel suo cominciamento, fu annientata dalle sopraggiunte leggi francesi; 3. che, se pure illesa tal sostituzione restata fosse all'urto delle disposizioni proibitive del nuovo dritto, cessò colla impubertà del pupillo, nè ha potuto esser ravvivata dalle leggi novissime che non vollero ristabilire le pupillari sostituzioni, e molto meno quelle che per volontà de'

sostituenti aver doveano un termine definito. In mezzo a questo vasto trattato, non ometteremo di confutare gli appoggi più prediletti del preteso pupillar sostituito, e principalmente quelli novellamente creati per *allungare* la volontà del sostituente, e per voler obbliquata in nn immaginario fedecommesso del residuo la sostituzione che altronde sarebbe dalle leggi innovative distrutta.

Indi farem passaggio all' esame de' patti di Capuana e Nido; e sotto tutti gli aspetti dimostreremo la loro inefficacia or chę la consuetudinaria succession lineale è incompatibile col nuovo successorio editto, e gli zii dal materno lato *ex nova causa* si presentano a succedere, chiamati dalla legge per diritti di sangue e di prossimità.

Finalmente chiuderemo il travaglio, giustificando la domanda de' zii materni; onde i tre loro fratelli rinunzianti facessero numero e parte in bene de' rinunziatarj.

L' incarico che abbiamo assunto supera senza dubbio le nostre forze. Ma queste d' ordinario in mezzo alle contraddizioni si aumentano. La causa per cui scriviamo è divenuta molto più seria per la troppo viva premura che i difensori da parte e

d' altra abbondantemente spiegarono. E noi che altra volta ridemmo de' perigli che la industria de' nostri avversarj ci opponeva di passo in passo, forse con doppie cure ora completeremo l' opera cui la giustizia decretar possa gli onori di un secondo trionfo!

PARTE PRIMA.

Esame delle due quistioni pregiudiziali, se il testamento del marchese D. Ferdinando Folgori debba dirsi rivocato; ed in contrario, se sia stato annullato colla sentenza del 7 aprile 1810.

Nel giorno 26 marzo 1801 questo testamento fu chiuso in Napoli per mano del regio notaio D. Nicola Saurini, cui fu dato a conservare.

In aprile del 1807, quando già la legge de' 15 marzo di quell' anno avea tutte abolite le sostituzioni d' ogni natura, D. Ferdinando Folgori ritirò dal notaio l' anzidetto di lui testamento.

Nel 1810 il testatore mancò alla vita, restando superstiti la moglie D. Marianna Pignatelli de' principi di Monteroduni, e l' unico figliuol maschio in età pupillare, Salvatore Folgori.

Il Giudice di pace del quartiere S. Ferdinando, nell' apporre i suggelli su gli effetti del defunto, rinvenne quel testamento, intatto nelle sue forme esteriori.

Nel 7 marzo del ridetto anno lo stesso atto fu esibito al Presidente del Tribunal Civile per farsene l' apertura. Chiamato il notaio Saurini per ispiegare perchè

egli nol conservasse, dichiarò che il marchese D. Ferdinando lo aveva ritirato nel 1807; e presentò pure il ricevo che allora n'ebbe per suo discarico.

Seguita l'apertura di sì fatto testamento, la vedova marchesa si avvide che al figlio erede eransi da suo padre imposti moltissimi vincoli. Laonde, ben lungi di voler conservare un atto che in varj punti offendeva le leggi esistenti, convocò il consiglio di famiglia, onde ne' termini delle medesime deliberasse se la successione dell'estinto di lei marito, dovesse o no accettarsi dal comune figliuolo.

Nel 23 marzo 1810, davanti lo stesso Giudice del quartiere S. Ferdinando, i parenti riuniti in familiare assemblea, autorizzarono la marchesa *a poter chiedere il preambolo a beneficio del suddivisato suo figlio in forza del succennato testamento col beneficio dell' inventario a corrispondenza del codice, ed escluse le disposizioni ad esso contrarie* (1).

Le domande della marchesa furono uniformi al voto della famiglia. Ella pretese dichiararsi la successione del suo defunto marito aperta in favore del superstite figliuolo D. Salvatore Folgori co' diversi pesi

(1) *Ciò si legge nella sentenza del Tribunal Civile de' 7 aprile* 1810.

annessi nell' enunciato testamento, abolito però tutto quello che vi si contenea di contrario alle disposizioni delle leggi in vigore.

Il Tribunale, udito il Pubblico Ministero, e colle forme solenni ed ordinarie, nel 7 aprile 1810 profferì sentenza, colla quale dichiarò nullo e di niun effetto il gravame imposto dal marchese D. Ferdinando all' unico suo figlio minore, e la sostituzione, dopo la di costui morte in pupillare età, ordinata in favore di D. Nicola Folgori. Dichiarò in oltre che la eredità del marchese, per la di lui morte seguita a' 27 febbraio del 1810, erasi aperta in bene del figlio D. Salvatore coll' obbligo di adempire alla soddisfazione de' legati disposti nel testamento, e con facoltà alla di lui madre di far l' inventario a norma della legge. Fu anche a costei confermata la tutela deferitale col testamento, e venne approvata la destinazione del consulente nella persona di D. Salvatore Zizzi colle facoltà comunicategli dal testatore.

Sull' appoggio di questi fatti; ad escluder le domande di D. Nicola Folgori, il quale raccor vorrebbe la intestata successione dell' estinto nipote qual di lui pupillar sostituito, se gli è opposta la rivocazione, o la nullità del testamento del marchese D. Ferdinando; *rivocazione* per cangiamento di volontà del

testatore che ritirò il suo testamento dalle mani di notar Saurini; *nullità* per effetto della sentenza del Tribunale pronunziata nel 1810. Bisogna vedere se questi due mezzi, che chiuderebbero l' ingresso alla lite, abbiano o no il sussidio delle leggi.

SEZIONE I.

Della rivocazione del testamento.

§. I.

A' modi di rivocazione de' testamenti, riconosciuti dal dritto romano, le leggi del Regno ne aggiunsero un altro dipendente dalla restituzione al testatore del suo mistico testamento.

Noi non ignoriamo che, secondo i principj del diritto romano, il testamento del marchese Ferdinando Folgori invano direbbesi rivocato. In ciò non si avrebbe alcuno de' modi per tal rivocazione ammessi: non la *rivocazione materiale* che Vinnio ravvolge in tai pochi detti: *Si testamentum inciderit, ruperit,*

fregerit, *induxerit*, *cancellaverit*, *signa corruperit* (1), purchè ciò non seguisse per imprudenza, o senza la scienza del testatore (2); non il trascorrimento di un decennio dal fatto testamento colla dichiarazione alla presenza almeno di tre testimonj che il testatore più non persiste nel suo testamento (3); nè finalmente la formazione di un secondo testamento che sia perfetto (4).

Ma la quistione promossa non può essere con sì fatte regole risoluta; e solo per facilitare il passaggio allo esame di un requisito che intorno alla fermezza de' testamenti i nostri statuti introdussero, si può quasi per istorico diletto risalire a' principj della romana giurisprudenza.

Per quanto concerne la forma ed il modo del te-

---

(1) *Vinn. partit. jur. lib.* 1 *cap.* 37. — *Ved. il titolo delle pandette de his, quae in testam. delentur. L.* 1 *§. pen. ff. eod. L.* 22 *§.* 3 *ff. qui testam. fac. poss. L. pen. cod. de testam.*

(2) *D. L.* 1 *§.* 3 *ff. quae in testam. delent. L. pen. cod. de testam.*

(3) *L.* 27 *cod. de testam.*

(4) *§.* 2 *instit. quib. mod. testam. infirm. L.* 1 *et sequ. de injust. rupt. etc.*

stare, è necessaria la distinzione de' testamenti *pubblici* e *privati*, cioè di quelli che si sostengono per pubblica o per privata fede. I romani mettevano nella prima classe quelli che inserivansi in memoriali al Principe rassegnati, o ne' pubblici atti del competente magistrato, o de' municipi. I testamenti privati eran poi o *scritti* o *nuncupativi*; ed i primi, ad occultare il nome dell' erede, potevano anche chiudersi con determinate formalità, per cui dicevansi *mistici*: *Testari quis potest*, così il Vinnio, *aut publica fide*, *aut privata. Publica fide bifariam*; *aut testamento precibus principi oblatis inserto*, *aut in acta magistratus*, *municiporum relato. Privata fide testatio procedit aut scripto*, *aut sine scripto per nuncupationem* (1).

Il privato testamento scritto era dallo stesso testatore conservato; o da qualunque altro che riscuotesse la sua fiducia, non escluso l' erede (2). La legge non

(1) *Vinn. partit. jur. lib.* 1 *cap. XXIV*, *e nel principio delle instit. de testam. ordin. Ved. la L.* 19, *e la L. Hac consultissima* 21 *cod. de testam. Ved. anche Mynsing.* 6 *obs.* 29. *Boer. decis.* 228 *e Christin. vol.* 4 *dec.* 7 *n.* 4.

(2) *V. la L.* 2 §. 8, *e la L.* 3 *ff. testam. quemad. aper.*

imponeva l'obbligo di farne il deposito presso un pubblico uffiziale, se anche tal testamento si fosse chiuso; e solo per la pubblicazione, e per l'apertura era d'uopo che si adisse l'autorità competente (1). Laonde in vano si domanda ne' volumi del romano diritto un caso identico a quello che ne occupa, o principj capaci di risolverlo pel *pro* o pel *contra*. In questa legislazione non può leggersi ciò che dopo molti secoli sarebbe divenuto l'obbietto di derogazioni, di aggiunzioni, o di modifiche a' precetti che in essa si contenevano. Bisogna dunque abbandonare la legislazione antica, e rivolgersi su tale articolo a' particolari statuti di ciascun luogo.

Presso di noi non fu giammai tollerato che i testamenti scritti, come i romani conosceangli, avessero ottenuto il loro effetto, ove non fosser pubblici, ossia da pubblici uffiziali ricevuti. Ma siccome tanto ne' contratti che ne' testamenti era frequente l'abuso di farli al cospetto di persone non rivestite di opportuni poteri, ed in conseguenza incapaci ad attribuire all'atto il richiesto carattere di autenticità, colla prammatica 2 *de contractibus* fu nel 1571 la intervenzione de' notaj esclusivamente ordinata: » Proibiamo, *si disse*,

---

(1) *V. Perez ad tit. cod. de testam.*

» che in modo alcuno niuno ardisca intervenire come
» pubblico notaio, o giudice a contratto, nella cele-
» brazione di tutt' i contratti, testamenti, codicilli,
» ed altri quali si vogliano atti pubblici, che non sia
» creato nella forma solita e dovuta da S. M. Catto-
» lica » ec.

Dopo questo stabilimento, sarebbe improprio il dubitare che i testamenti di qualunque specie essi fossero, scritti o nuncupativi, regger potessero senza la dovuta pubblicità: *Cum autem*, insegna il nostro Rapolla (1), *apud nos ex usu fori, ut paratam executionem habeant testamenta, necessarium est, ut sint publica, hoc est a publicis personis confecta, ideo in pragm. 2 de contractibus generaliter statuitur, ut et contractus, et testamenta non conficiantur, nisi a notariis et judicibus Regia auctoritate constitutis . . . . . Quoniam his personis adhibitis, fit apud nos publicum testamentum, hinc sequitur easdem requiri, quando aperiendum est* ec.

Ma non bastava il fare un testamento davanti il notaio. Era anche d' uopo che costui ne fosse il *conservatore*, e'l custode, altrimenti se in mani private,

(1) *Commentar. de jure regni neapol. part. 2 lib. 2 cap. 6 n. 6 e 7.*

o al testatore direttamente si rilasciasse, il carattere di autenticità svaniva; la pubblicità perdeva il suo principale sostegno, ed in conseguenza la esecuzione dell'atto era compromessa.

Queste massime, delle quali ci fu fatta aspra censura da' nostri avversarj, non sono nè originali, nè capricciose. Ecco i fonti, donde naturalmente derivano.

Nel 2 dicembre 1572, per obbligare i notaj a denunziare agli amministratori de' luoghi pii i legati ed altre pie disposizioni che ne' contratti, e ne' testamenti si rinvenissero, si promulgò altra prammatica, la quale leggesi sotto il titolo *de legatis piis*. Ivi è detto: » Ordiniamo e comandiamo a tutt' i *notaj e conservatori* » *di schedole*, e scritture di notaj tanto di questa pre- » detta città di Napoli, quanto di tutto il Regno, » che fra il termine di un mese decorrendo dal dì » della pubblicazione del presente *in antea*, debbono » dar notizia particolarmente a' detti ospedali e luoghi » pii, *ut supra* nominati, ed a tutte le altre chiese, » monisteri, ospedali e luoghi pii: e da oggi in avanti » debbano similmente dar notizia, e nota particolare a » detti luoghi di quelle che saranno in loro benefizio, » fra il termine di quindici dì dopo la stipulazione, *e* » *de' testamenti*, *e de' codicilli chiusi e suggellati* do- » po l'apertura di essi, acciocchè possano ricuperare

» detti legati, e disposizioni, e adempiere la volontà
» de' defunti » ec.

Secondo questa prammatica è evidente che i testamenti e i codicilli, pria della loro apertura, star non debbono che presso i notaj adoperati da' testatori. Ma ciò che porta la dimostrazione all'ultimo grado di certezza è l'altra prammatica de' 5 dicembre 1786, venuta dappresso allo stabilimento del Regio generale Archivio, così concepita: » Ha S. M. ordinato che
» tutt'i notaj di Napoli, suoi borghi e casali debbano
» portare nel pubblico generale Archivio le notizie *de'*
» *testamenti e codicilli, che da essi conservansi* da
» anni dieci a questa parte, per registrarsi in esso ge-
» nerale Archivio. E quindi vuole la M. S. che in
» ogni spedizione di preambolo debba la G. C. della
» Vicaria indistintamente richiedere dall'Archivio la fe-
» de di esservi o no testamenti, e codicilli della per-
» sona di cui si domandi il preambolo » — Certamente, se la conservazione de' testamenti chiusi o nuncupativi presso i notaj all'uopo richiesti non fosse un requisito necessario alla loro fermezza, il Legislatore non avrebbe imposto un dovere che i notaj medesimi non eran sempre nella possibilità di adempire.

Dobbiamo dunque conchiudere che la conservazione de'testamenti presso i notaj adoperati per attri-

buirgli il carattere di autenticità, in vigore de' nostri particolari statuti, divenne una formalità essenziale. Laonde un testamento che per antico diritto patrio non si custodisse presso il pubblico uffiziale che avealo rivestito di forme solenni ed autentiche, perdeva questo carattere; e non potendo aver più *esecuzione parata*, diveniva un atto inutile ed inefficace. Ed un testatore che volontariamente si prendesse dal notaio conservatore il suo testamento, non potendo presso di se ritirarlo senza torre all' atto un requisito indispensabile ad eseguirlo, veniva di necessità a rivocarlo, o se si voglia, a dichiarare che più non persisteva nella volontà in esso rinchiusa.

Nè osta la massima del diritto romano, che *nuda voluntate testamentum non infirmatur* (1). Non intendiamo, per confutarla, valerci dell' argomento che le leggi sopraggiunte danno alle intestate successioni maggior favore che a quelle per testamento. Sia frivolo questo argomento. Domandiamo: si ricorrerà all' aforismo della legislazione antica per misurare il valore della omissione di un requisito che i particolari statuti del nostro Regno trovarono utile d' introdurre? Il diritto

(1) §. 7 *instit. quib. mod. testam. infirm. L.* 36 §. 3 *ff. de testam. milit. L.* 27 *cod. de testam.*

comune si consulta ne' casi ordinarj; non mai in quelli che da leggi di località o statutarie dipendono. I romani permetteano che il testamento privato fosse dal suo autore custodito. Dunque non possono servirci di norma nella interpetrazione di una legge che fa un requisito necessario della conservazione dell' atto presso il pubblico uffiziale destinato a riceverlo.

§. II.

Le leggi nuove sono scritte nello stesso senso.

TRANNE l' olografo testamento, che è il solo testamento privato secondo il diritto francese e le nuove nostre leggi, negli altri, cioè in quelli in forma pubblica, e ne' mistici o secreti, l' intervento del notaio è indispensabile (1). Nel testamento mistico (come fu quello del marchese D. Ferdinando Folgori) il solo atto contenente la volontà del testatore è secreto: ma

(1) *Art.* 970, 971, 972, 973, 974, 976, 977 e 979 *del codice civile franc.* *Art.* 895, 896, 897, 899, 900, 902, 903 e 905 *legg. civ.*

l' atto di soprascrizione, essenziale alla validità del testamento (1), è pubblico e solenne.

Segue da ciò che l' obbligo di far conservare dal notaio il testamento ov' egli intervenga, imposto dal nostro antico diritto del Regno, non è stato risparmiato nel nuovo. E per ampliarne la dimostrazione, tanto più che la nostra opinione ebbe nel nascere vivissima resistenza, rechiamo quì la pregevolissima autorità di Grenier, il quale fu uno de' cooperatori del nuovo codice francese nella qualità di tribuno. » Questo (così egli » dice) è il luogo di esaminare una quistione che è » comune al testamento per atto pubblico, ed al te- » stamento mistico. Si tratta di sapere se il testatore » ha il diritto di ritirarlo dalle mani del notaio, dan- » do a costui un atto di discarico tanto pel testamen- » to nuncupativo, che pel testamento mistico rivestito » dell' atto di soprascrizione.

» Anticamente si ammetteva che il testatore po- » teva ritirare la minuta del testamento, allorchè vo- » leva annullarlo, o nell' ipotesi ch' egli cambiava di » volontà. Si credeva d' altronde che ciò era tanto più » possibile in quanto che i notaj non avean obbligo » d' inscrivere i testamenti nel loro repertorio, perchè

(1) *Art.* 1001 *cod. civ. franc. Art.* 927 *legg. civ.*

» essi non erano soggetti al registro che dopo la mor-
» te del testatore.

» Bisogna eziandio osservare che non era questo
» un uso costante. Io so che molti de' notaj istrutti
» rifiutavano di restituire i testamenti ch'essi avevano
» ricevuti, sia nuncupativi, sia mistici. Essi crede-
» vansi in dovere di custodirli come le minute di
» tutti gli altri atti; che se il testatore volea cambia-
» re le sue disposizioni, o rinnovarle, dovea fare un
» nuovo testamento.

» Esisteva ancora un arresto del consiglio di Stato
» de' 23 giugno 1772 reso in esecuzione delle leggi
» antecedenti, le quali ingiungevano l'obbligo a' no-
» taj della città di Laon di portare nel loro repertorio
» tutti gli atti, senz' alcuna eccezione, i quali sareb-
» bero formati innanzi ad essi, come ancora i testa-
» menti, ch' essi avevano ricevuti, o che a loro era-
» no stati depositati fino a quel tempo, come del
» pari quelli ch' essi riceverebbero, o che in seguito
» gli sarebbero depositati, della data de' quali essi
» farebbero menzione, egualmente che de' nomi, qua-
» lità, e de' domicilj de' testatori.

» Decidendosi in vista di ciò che vi è di più
» solido in massima, ed in conseguenza di alcune
» disposizioni della legge del 25 ventoso anno secon-

» do, relativa all' organizzazione del notariato, ed
» anche del codice civile, sembra che i notaj deb-
» bono custodire i testamenti tanto nuncupativi che
» mistici, salvo al testatore il diritto di rivocare le
» sue disposizioni ne' modi indicati nel codice, o a
» fare un nuovo testamento.

» In effetti l' articolo 20 della legge del 25 ven-
» toso ordina che i notaj saranno tenuti a conservar
» le minute *di tutti gli atti ch' essi riceveranno*. Que-
» sto articolo fa in seguito alcune eccezioni a siffatta
» regola, *ma i testamenti non vi sono compresi.*

» È detto nell' articolo 29 della medesima legge:
» *I notaj terranno repertorio di tutti gli atti ch' essi*
» *riceveranno*. Questo articolo non facendo alcuna di-
» stinzione, comprende tanto i testamenti ricevuti da'
» notaj, come gli altri atti. Questo articolo deve in-
» tanto essere interpetrato per la sua esecuzione nel
» senso dell' articolo 14 della prima legge del 19 di-
» cembre 1791 relativa al diritto di registro, in cui
» si dice: *i testamenti, o atti di deposito allorchè*
» *saranno fatti avanti notaj, e gli atti di deposito*
» *de' testamenti fatti in forma privata, saranno an-*
» *cora iscritti su' repertorj, senz' altra indicazione*
» *che quella della data dell' atto, e del nome del*
» *testatore, e senza che il preposto potesse prendere*

» *comunicazione di questi atti*, *nè di alcun' altra*
» *notizia che vi sia relativa*, *prima della morte del*
» *testatore*.

» Di più, è detto nell' articolo 1035 del codice
» civile (1) che i testamenti non potranno esser rivo-
» cati in tutto, o in parte, che per un testamento
» posteriore, o per un atto avanti notaio portante di-
» chiarazione di cambiamento di volontà.

» Questo articolo solo sarebbe sufficiente *per far*
» *rigettare l' opinione che i notaj possono rilasciare*
» *i testamenti ch' essi hanno ricevuti*.

» Da che *il testatore avrebbe ritirato il suo te-*
» *stamento*, *se ne farebbe risultare senza dubbio un*
» *cambiamento di volontà*, ciocchè riporterebbe all'
» idea di un nuovo testamento rivocativo del primo,
» o che almeno ne avrebbe tutto l' effetto.

» Ma ogni rivoca di volontà, dopo la legge,
» non può esser contestata che con delle forme, ch'
» essa indica nell' articolo 1035 di cui ora riporterò
» le parole. Questa rivoca di volontà è assimilata
» dalla legge a delle novelle disposizioni, poichè tanto
» è disporre novellamente quanto rivocare una dispo-
» sizione già fatta. Ora ciò sarebbe andar contro la

(1) *È uniforme l' art. 990 legg. civ.*

» saggezza ed il voto della legge, il permettere que-
» sta disposizione novella nella oscurità, abbandonan-
» do il testatore a de' movimenti di capriccio, o a
» delle seduzioni che sarebbero sovente praticate. Que-
» sto testatore potrebbe credere ancora che le disposi-
» zioni contenute nel testamento ch' egli ritirerebbe,
» dovrebbero avere il loro effetto, se egli lasciasse il
» testamento intatto ed intero nel suo involto, so-
» pratutto se si trattasse di un testamento mistico, e
» se questo testamento si trovasse nel medesimo invi-
» luppo, e co' medesimi sigilli. E si vede insie-
» memente che ciò sarebbe l' origine di molte dif-
» ficoltà.

» *Invano si potrebbe opporre che il testamento*
» *appartiene assolutamente al testatore*; *e solamente*
» *per sua volontà si trova nelle mani del notajo*,
» *talchè ritirandolo egli non offende l' interesse di*
» *alcuno*.

» Indipendentemente dalle disposizioni precise della
» legge de' 25 ventoso anno 2, e del codice civile,
» le quali si elevano contro questa obbiezione, essa
» può esser ancora combattuta in un altro modo.

» Supponiamo che vi fosse quistione di un atto
» meramente sinallagmatico, e che tutte le parti ob-
» bligate, ed interessate volessero resilire dalla sua

» esecuzione, ed invitassero il notaio a rimetter loro
» la minuta, anche mediante la consegna di un for-
» male atto di discarico; il notaio potrebbe accon-
» sentirvi? La negativa è senza difficoltà. Ora si con-
» cepisce l'affinità che vi ha fra questo caso, e quello
» del testamento, che il testatore vorrebbe ritirare. E
» se nel primo caso l'atto non può esser ritirato dalle
» mani del notaio, avvenir dee lo stesso nel secondo.

» Sarebbe ancora inutile se si volesse sostenere
» l'opinione contraria, almeno relativamente al testa-
» mento mistico, invocando l'articolo 916 del codice
» di procedura civile (1), così scritto: *Se nell'atto*
» *dell'apposizione de' suggelli si trovi un testamento,*
» *o altra carta suggellata, il Giudice di pace ne de-*
» *scriverà la forma esteriore, il sigillo, e ciò che vi*
» *fosse di soprascritto; egli segnerà l'esteriore dell'*
» *involto, ciò che pure faranno le parti presenti,*
» *se sanno, o possono segnare* ec. dicendosi che con
» queste parole; *la sottoscrizione, e l'involto*, il Le-
» gislatore ha supposto, che un testamento mistico
» può ritrovarsi in potere di un testatore all'epoca
» di sua morte.

(1) *È uniforme l'art. 993 delle leggi di proce-*
dura ne' giudizj civili.

» Ma egli è evidente che in questo articolo le
» parole *sottoscrizione* ed *involto* sono impiegate in
» un senso esclusivo del testamento mistico. Bisogna
» interpetrarle in un modo più esteso, e tale che pos-
» sa applicarsi non solamente ad un testamento ologra-
» fo, ma ancora ad ogni altra specie di carta, che,
» al pari di un testamento olografo, possano esser
» rinchiuse in un involto, su del quale vi può essere
» una sottoscrizione, ciocchè avviene frequentemente.

» Quel che chiude la pruova di avere il Legisla-
» tore impiegato tali espressioni in questo senso gene-
» rale, e senz' alcuna applicazione al testamento mi-
» stico, si è la disposizione dell' articolo 919 del co-
» dice di procedura civile (1) in cui è detto: *Se dal*
» *sovrascritto alle carte suggellate, o da qualche al-*
» *tra prova scritta appare ch' esse appartengono a*
» *terze persone, il Presidente del Tribunale ordinerà*
» *che questi terzi fossero chiamati in un termine*
» *ch' egli fisserà* ec. Da questa disposizione si ricava
» con certezza la conseguenza che il Legislatore ha po-
» tuto parlare di *sottoscrizione* e d' *involto*, senza pen-
» sare al testamento mistico.

---

(1) *È uniforme l' articolo* 996 *delle leggi di pro-*
cedura ne' giudizj civili.

» Così le disposizioni degli articoli 20 a 29 del-
» la legge sul notariato, e quelle dell' articolo 1035
» del codice civile si elevano contra l' opinione che il
» notaio potesse rilasciare un testamento ch' egli ha ri-
» cevuto col carattere di notaio. Il testatore ha sola-
» mente la libertà di fare delle novelle disposizioni a
» suo piacere. Se quando egli testa sotto la forma mi-
» stica, prevede che potrà cambiare la disposizione,
» e che avrà bisogno di rivocare quella che avrà di
» già fatta, potrà ritenerne una copia, se mai tema di
» obbliarla (1) ».

Deriva da questo solido ragionamento che la massima di non potersi dal notaio restituire al testatore il suo testamento se non per causa di rivocazione, o soppressione, è pel diritto odierno fermissima. Ecco perchè, dopo la rivocazione a senso dell' articolo 1035 del codice civile, ora transfuso nell' articolo 990 delle nostre leggi, fu stabilito potersi dal notaio restituire il testamento, conservando ne' suoi atti tanto la ricevuta del testatore, che l' atto di rivocazione in originale o in copia autentica (2). Ecco perchè convien dire oggi-

(1) *Grenier, traité des donations et des testamens, n. 277. Paris 1812.*

(2) *Vedete l' articolo 60 della nostra legge sul notariato, de' 3 gennaio 1809.*

di ciò che pe' principj del romano diritto non potrebbe dirsi, cioè che la restituzione al testatore del suo testamento vale per implicita rivocazione, giacchè ora un testamento può colla sola nuda volontà ritrattarsi; e questa può esser benissimo l'effetto di un atto che non potrebbe altrimenti sussistere se non togliendo al testamento il suo essenzial requisito di autenticità.

Altronde par frivolo l'argomento che i nostri contraddittori fondarono su di una dottrina di Massé nella sua opera titolata *il perfetto notaio* (1). Questo autore altro non dice se non che possa il testatore liberamente ritirare dal notaio il suo mistico testamento. E chi mai ha negato questa facoltà nel testatore? Massé però non ha asserito che il testamento ritirato dal notaio *conservi l'autentico carattere* di testamento, e produca i suoi legali effetti trovandosi nel domicilio del testatore. La quistione è in ciò propriamente riposta, ed è chiaro che quell' autore non la risolve, perchè non la previde.

(1) *Tom.* 1 *pag.* 417. *Paris* 1809.

§. III.

Applicazione.

Il marchese D. Ferdinando Folgori nel 1801, davanti notar Saurini, e con tutte le ritualità stabilite dalla legge *Hac consultissima*, formò il suo testamento chiuso.

Egli lo lasciò presso quel pubblico uffiziale, onde, a norma della pratica derivata dalla giurisprudenza, e dalle nostre leggi del Regno, ne fosse il conservatore.

Indi nel 1807, dopo abolite le sostituzioni di qualsiasi natura, il testatore volle ripigliarsi il suo testamento, probabilmente nel voto di farne un altro che, mondo da' vincoli allora riprovati, andasse colle sopraggiunte leggi perfettamente d' accordo.

Ma il marchese lasciò la vita pria di realizzare questo suo disegno, di modo che l' antico testamento, ritirato dalle mani di notar Saurini, si trovò intatto nel domicilio del defunto.

Dunque è questa una carta inutile, un atto che la legge considera rivocato, e non suscettivo di alcun effetto.

Se così è, la sostituzion pupillare che D. Nicola Folgori mena in trionfo, non ha base che la regga. Quando le prime tavole cadono, per controcolpo anche

cadono le seconde, le quali son parte e sequela del testamento paterno, come or ora vedremo. E perciò si sta disputando *de ente non existente.*

SEZIONE II.

Nullità del testamento giuridicamente pronunziata nel 1810.

Più innanzi vedemmo che questo testamento, ossia la disposizione del marchese D. Ferdinando, colla quale allacciò di moltiplici vincoli tutti i beni della sua eredità, fu annullata sopra domanda della vedova marchesa, madre e legittima tutrice del figliuolo Salvatore Folgori instituito erede.

Vedemmo altresì che tal domanda fu dalla tutrice prodotta dopo aver ne' termini della legge consultata la famiglia riunita in consiglio.

Vedemmo in fine che il Tribunale, nel rendere la sua sentenza, annullò non solo i vincoli fedecommessarj, ma pur la sostituzione pupillare, disposta in vantaggio del maggior zio paterno dell' erede instituito.

Qui ci resta ad osservare che non regge in fatto di essersi pronunziata in favor di costui la dichiarazio-

ne di erede in forma di *espediente volontario*, ossia con deliberazione in camera di consiglio. Al contrario il Tribunale con piena cognizion di causa portò giudizio su la dimanda prodotta, dopo aver udito il Pubblico Ministero ch' era in quell'atto il legittimo contraddittore della marchesa. E la sentenza che si conserva nel foglio di udienza di quell' anno a fianco di tutte le altre che appartengono agli atti non di volontaria, ma di contenziosa giurisdizione, fu con forme solenni positivamente renduta, per cui comincia = *Nella causa della dichiarazione dell' erede del fu marchese di Ducenta signor Ferdinando Folgori. Posta a ruolo n.* 4934 — ed indi finisce: *Così giudicato* (non deliberato) *da' signori de Liso Presidente, Calenda e Brancia Giudici.*

Laonde non si può mettere in dubbio che questa sia stata una sentenza come tutte le altre; una sentenza efficacissima nell' interesse del pupillo, perchè provocata per giovargli. Nè ora si può far censura di ciò che egli non censurò mai. E ciascun sa che nell' articolo 545 delle leggi di procedura ne' giudizj civili, il ricorso per ritrattazione di sentenza è aperto in favor de' minori tutte le volte che non siano stati difesi, o che siasi omessa una parte essenziale della difesa. Nella specie tanto è lungi che questo pregiudizio si fosse arrecato al pupillo Salvatore Folgori, ch' egli vide la paterna

eredità, per opera della sentenza del 1810, liberata da' vincoli de' quali fu ingombra, e specialmente dall' obbligo di aver per erede colui che non era nella sua scelta, e nella sua volontà.

§. I.

La sentenza del 1810 offese il testamento del marchese D. Ferdinando, ed annullò la pretesa sostituzione pupillare.

Non vi ha cosa giudicata, *si dice*, se non quando siavi stata lite; nè lite può esservi senza parti che vi figurino: *Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (1). Or qual efficacia può darsi alla pretesa sentenza del 1810, se questa intervenne sopra una semplice domanda della madre del pupillo, non fu citato alcuno, non si elevarono quistioni, ma soltanto si trattò di manifestare la qualità dell' erede? Aggiugnete, *gridano gli avversarj*, che la tutrice non poteva pregiudicare o nuocer costui; e no-

(1) *L. 1 ff. de re judic.*

cumento vi ha sempre che si voglia far vana la sostituzion pupillare (1).

Ma queste vociferazioni non detraggono al valore della sentenza che si è opposta al preteso pupillar sostituito. A provarlo, non dobbiamo che ricorrere a poche verità di fatto, e di dritto.

La lite esisteva, e fu decisa dal Tribunale. Il testamento del marchese Ferdinando Folgori era colmo di vincoli riprovati dalle leggi che in tempo di sua morte osservavansi. Interessava sapere se l'erede instituito assumer dovesse questa qualità, e se fosse o no tenuto a rispettare in tutto la volontà del genitore defunto. *Ecco la quistione.*

Per diffinire questa controversia, trovandosi sotto tutela il minore, non doveasi citare alcuno. La sola interessata a contraddire la volontà dell'erede instituito, era in quel tempo la madre di lui, chiamata in preferenza a raccorre la successione del sostituente, ove il figliuolo *in pupillari aetate ab intestato* morisse. Ma la marchesa fu presente al giudizio, ella confuse colle voci del figlio anche le sue, e chiese che costui la paterna eredità raccogliesse, tolti via di mezzo i vincoli disposti per allacciarla: *De unoquoque negotio*, dice il

(1) *L. 42 ff. de acquir. vel omitt. hered.*

giureconsulto Paolo, *praesentibus omnibus*, quos causa contingit, *judicari oportet: aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet* (1).

Nè osta che in tal congiuntura non siavi stato alcun contrasto, nè abbia avuto luogo alcun procedimento proprio a chiarire i diritti e le ragioni rispettive de' contendenti. Qual dibattimento si vuol che vi fosse sul merito di una domanda ove la madre del pupillo, rassegnata alle determinazioni dell' assemblea familiare, convenne per l' annullamento di tutt' i vincoli che aggravavano la successione a lui tramandata? e qual rito, od intervalli giudiziarj si pretende che si osservassero in un affare che, attesa la pieghevolezza delle parti, era deciso colla semplice inspezione del titolo sottomesso allo scrutinio del giudice? *Qui pro tribunali cognoscit*, insegna al proposito Ulpiano, *non semper tempus judicati servat, sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat, pro causae qualitate, et quantitate, vel* personarum obsequio, *vel contumacia* (2) — Ed altrove: *Si quid convenerit inter litigatores, quid pronuncietur: non ab re erit, judicem hujusmodi sen-*

---

(1) *L.* 47 *ff. de re judic.*
(2) *L.* 2 *ff. eod.*

tentiam proferre (1); ciò che precisamente ebbe luogo.

Nè vale l' argomento che la marchesa non potea nuocere al pupillo impugnando la sostituzione pupillare ch' è utilissima. Pria d' ogni altro, non si può far ingiuria alla condotta di quella donna, tosto che, osservate le formalità dalla legge disposte per la fermezza dell' adizione della eredità devoluta al figlio, il Tribunale accolse le di lei premure onde egli l' ottenesse libera dalle sostituzioni ordinate (2).

In oltre la sostituzion pupillare, come parto di un *gran diritto singolare di potestà*, era un *gran bene del testatore*, non del pupillo: per costui era sovente un gran male; ciò che gli stessi romani osservarono allor che usavano di segnare con particolar sigillo le tavole pupillari, temendo delle insidie del sostituito, per dar effetto alla sostituzione (3): *Sed pupillaris substitutio*, avvertì Gajo, *ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitae pupilli aliquas substitutus insidias moliatur* (4).

---

(1) *L.* 26 *ff. de re judic.*

(2) *V. l'art.* 1314 *cod. civ. franc.*, *e'l* 1268 *legg. civ.*

(3) §. 3 *instit. de pupill. substit.*

(4) *Lib. II tit. IV* §. 2 *presso Scultingio in Jurisprud. Ante-Justin.*

Ma sia pur vera la nota d' imprudenza di che la domanda della madre del pupillo si vorrebbe macchiata; che si vuol trarre da ciò? La sentenza del 1810 conserverà sempre il suo carattere, e dovrà in conseguenza produrre il suo effetto. Le leggi innovative, se anche si fossero sinistramente interpetrate, guidaron però la opinione del consiglio di famiglia, la domanda della tutrice, ed il giudizio del Tribunale. La sentenza che vorrebbe schivarsi, offese il testamento, perchè distrusse tutte le sostituzioni che lo corteggiavano. Questo effetto non fu mai maledetto in vita del pupillo; e solo resta a disaminare se potesse essere d' inciampo al pupillar sostituito che si presenta per trar vantaggio dalla sostituzione annullata.

§. II.

La sentenza del 1810 nuoce al sostituito pupillare, quantunque non vi fosse stato citato.

Due argomenti decidono di questa verità.

D. Nicola Folgori, come or ora vedremo, non era il primo sostituito. Il testatore D. Ferdinando, ove il figlio erede morisse intestato in età pupillare, chiamò la madre a succedergli, e dopo sua morte, o quando

andasse a seconde nozze, volle che la eredità passasse a D. Nicola Folgori col peso di un perpetuo fedecommesso primogeniale. Egli dunque non potea far parte del giudizio del 1810, perchè non avea alcun diritto verificato od aperto.

Or se anche volgasi l'occhio all'antica pratica del foro, si ha che in tutte le cause di beni soggetti a sostituzioni, era solo indispensabile l'intervento del possessor gravato, e di uno che rappresentasse i futuri chiamati. E quindi la sentenza profferita in contraddizione del possessore medesimo, come colui che avea un diritto già nato, si è sempre creduta efficace contra coloro che su i beni vincolati aver potessero un diritto subalterno ed eventuale (1). Nella specie il possessor gravato era il pupillo. Costui certamente fu inteso nel 1810; e la domanda ch'ei fece per organo della sua tutrice era stata precedentemente votata da' congiunti secondo le nuove leggi riuniti in consiglio. Pe' futuri chiamati il nuovo rito non somministrava più la stessa cautela osservata sotto l'azion dell'antico. Ma pur ne so-

(1) *Ludov. Molin. de primogen. lib. 4 cap. 8 n. 3 — Did. Covarruv. pract. quaest. cap. 13 n. 6— Fusar. de fideicomm. substit. quaest. 622 — Card. de Luca de judic. disc. 9 n. 33 e 34.*

stennero di necessità le parti tanto la marchesa pel suo doppio carattere di prima chiamata, e di tutrice, quanto il Pubblico Ministero che è il legittimo difensore di tutt'i diritti degli assenti, e di ogni altro che pel suo stato non possa esser parte in giudizio (1) — Laonde non può D. Nicola Folgori disapprovare il giudicato intervenuto nel 1810.

Ma la stessa verità si ritrae da principj molto più fermi, dall'imperio de' quali il pupillar sostituito non può riuscire a salvarsi.

Di che si trattava nel 1810? . . . Precisamente di conoscere se il testamento del marchese Ferdinando Folgori che in quell'epoca accrebbe il numero degli estinti, avesse potuto o no nelle sue interne formalità, ossia nel suo contenuto sostenersi. Ed è certo che fra le disposizioni ivi ravvolte, vi stava una sostituzione pupillare, come il sostituito pretende.

Or che cosa è la sostituzion pupillare, se non il testamento che il padre fa al figliuolo, pel caso in cui in pupillare età egli morisse? Dunque l'interesse era tutto del pupillo nel 1810. A lui solo spettava risolvere se gli convenisse l'erede che il padre aveagli prescelto; cioè, se gli piacesse morire con un testamento

(1) *Art.* 177 *legg. della proced. ne' giudiz. civ.*

che per un eurema di diritto riputavasi suo, ma in sostanza non era che il testamento del padre su la eredità del figliuolo.

E se ciò regge in ragione; come si potrà dire che la sentenza del 1810, la quale su le premure del pupillo distrusse le tavole pupillari, non osti all'erede che in esse era scritto? Costui non fu chiamato a raccogliere la eredità del padre *ex testamento patris*, ma quella del figlio *ex testamento filii*. Dunque, quando il figlio, disapprovando questa nomina, provocò una dichiarazione del giudice che, supplendo al difetto della di lui ragione, dicesse di non più esservi testamento del figlio, è una stranezza il pretendere che avesse dovuto sentirsi in giudizio il pupillar sostituito.

Fingasi che un maggiore testi, e nomini *Mevio* suo erede universale. Se il testatore, peutito della scelta, voglia ritrattarla, domandiamo: dovrà forse chiederne la permissione a *Mevio* scritto erede nel testamento che si vuol rivocare? Tutto il mondo risponderà di no; e vi dirà che la rivoca è valida senza che *Mevio* potesse dolersene — E bene; non versiamo noi nello stesso caso? Il marchesino di Ducenta avea nella persona del suo maggior zio D. Nicola Folgori un erede scrittogli dal padre nelle tavole pupillari. Il marchesino si querela di questa nomina, e dopo aver udito l'avviso del

consiglio di famiglia, non potendo egli *ob infirmitatem judicii* rivocar direttamente il testamento fattogli dal padre, chiede a' Giudici che tal rivocamento per lui proclamassero; il che si fece colla sentenza del 1810. Quindi non vi han più seconde tavole, non più sostituzione pupillare. E desta le mille meraviglie come il sostituito, ch' esser dovea l' erede del figlio, venga a censurare il suo fatto, ed ostinatamente si sforzi a succedergli, tutto che colui non abbia voluto che succedesse.

Ed in vero, il fatto del pupillo è fatto del sostituito pupillare, che come erede di lui non può impugnarlo: *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat*, dicono le leggi antiche (1). *Persona heredis*, avverte elegantemente il nostro Napodano (2), *non dicitur alia, sed eadem cum defuncto, adeo quod videtur jurasse quod defunctus juravit; et sic, si non servat, civiliter pejerare videtur: quod enim is fecit cui heres sum, perinde est ac si ego fecissem*. Per lo che l' articolo 538 delle leggi di procedura, livellato sopra questi principj, dichiara che *un terzo è autorizzato a fare opposizione ad un giudicato che pregiudica a' suoi diritti, ed al quale nè egli*,

---

(1) *L. 59 ff. de regul. juris.*

(2) *Su la consuetudine Si moriatur n.* 38, 39 e 40.

NÈ COLORO CHE RAPPRESENTA sono stati citati. Dunque se D. Nicola Folgori vagheggia il pensiero di rappresentare il nipote, come mai può riuscire a schivar l'effetto della sentenza che l'autor suo provocò ed ottenne?

§. III.

Si dilegua la obbiezione della supposta contrarietà tra la pretesa rivocazione del testamento di D. Ferdinando Folgori, e la sentenza che ne prescrisse l' eseguimento.

Vi ha incoerenza, dicono gli avversarj, *tra la revoca di una disposizione, e la esecuzione ordinatane dal giudice* — Ma questa incompatibilità di assunti è un mero giuoco di parole.

I legittimi successori dell' ultimo defunto marchese di Ducenta, per escludere la domanda di D. Nicola Folgori han promosso due quistioni pregiudiziali. Han detto che il testamento, nel quale D. Nicola legge una sostituzione pupillare a favor suo, essendosi ritirato dal testatore, debbe intendersi rivocato. Han soggiunto che, ove questa rivocazione non voglia ammettersi, osta la sentenza del 1810, la quale annullò tutti i

vincoli rinchiusi in quell' atto, non esclusa la prediletta sostituzion pupillare in favore di D. Nicola.

Ov' è dunque la contrarietà di assunti ? Se regge il primo, non vi ha d' uopo di valutare il secondo : questo non diviene soggetto di esame, che nel caso solo in cui il primo assunto vacilli.

Nè dicasi che la sentenza del 1810 fa stato contra gli eredi legittimi, perchè prescrive la esecuzione del testamento del marchese D. Ferdinando. Questa sentenza non si può scindere. D. Nicola Folgori non può ricorrervi per una parte, e censurarla per l' altra. Due determinazioni adottò il Tribunale. Annullò la disposizione relativa a' vincoli d' ogni specie aggiunti all' istituzion dell' erede, e prescrisse l' adempimento de' legati quantitativi e di ogni altro articolo del testamento che non fosse in urto colle leggi esistenti. Dunque non si può dal sostituito far valere questa sentenza se non quando egli, abbassando il vessillo della discordia, e mettendo in non cale le tavole pupillari, dia il virtuosissimo passo di presentare a' suoi congiunti l' ulivo di pace.

PARTE SECONDA.

Il testamento del marchese D. Ferdinando Folgori, anche in riguardo alla pupillare da lui ordinata, dev' essere esaminato colle leggi del 1810.

Abbandoniamo ora le quistioni pregiudiziali, e fingiamo che nel secondo sperimento di giurisdizione non fossero attese. In tal caso il testamento del marchese D. Ferdinando dovrebb' essere analizzato come se non mai nell' interesse del sostituito Folgori sottoposto si fosse a disamina.

Ma quali principj dovran decidere dell'effetto di questo testamento? Ecco una quistione importantissima, e che forma, siaci permesso il dirlo, la vanguardia della causa.

Al primo annunzio della proposta domanda molti diranno che noi intendiamo abusare della sofferenza de' Magistrati e del Pubblico, mettendo in discussione una massima che non fu mai controversa. Ma la colpa non è nostra. D. Nicola Folgori crede che nel caso di sostituzion pupillare, come di ogni altra disposizione condizionale, possa avere eccezione la regola che al tempo della morte del testatore debba indistintamente vedersi s' ei poteva far ciò che fece. Ecco la necessità di provare che la massima antica non varia, nè ha variato giammai.

§. I.

Si dimostra co' principj generali.

» Il testamento è un atto col quale il testatore dispo-» ne, pel tempo in cui avrà cessato di vivere, di » tutti o di parte de' suoi beni, e che ha la facoltà » di rivocare » (1). Il testamento adunque, durante la vita dell' autor suo, è un progetto rivocabile a piacere, nè divien fermo che quando il testatore vi persevera fino alla morte.

I giureconsulti, precisamente per regolare il destino delle quistioni transitorie, distinsero la *fazion* del testamento, dalla *disposizione* (2). Questa è in sospeso fino alla morte del testatore, quando propriamente diviene immutabile. La volontà dell' uomo è variabile fino alla morte (3) — Niuno può in un testamento imporsi la legge di non recedere da' di lui voleri (4) — L'ul-

---

(1) *Art.* 815 *legg. civ. Ved. la L.* 1 *ff. qui testam. fac. poss.*, *e Vinnio in princ. instit. de testam. n.* 1 *e* 2.

(2) *V. Chabot quest. trans. Testament* §. 1 *n.* 1.

(3) *L.* 4 *ff. de adim. legat.*

(4) *L.* 22 *ff. de legat.* 3.

tima volontà è sempre di maggior peso (1); e l' ultima si attende (2).

Da questi principj nasce spontanea la massima di applicazione che le leggi innovative che sopraggiungono, hanno il diritto d' impossessarsi delle disposizioni non ancora aperte, e di governarle. » Per sapere, dice » Merlin (3), se un testatore *ha potuto disporre*, e » se non ha sorpassato i legittimi limiti, dee consultarsi » la legge del giorno in cui è morto, perchè in que- » sto giorno solamente ha potuto verificarsi il diritto » de' suoi eredi, e de' suoi legatarj (4).

Ed il dotto Tronchet, parlando nello stesso senso, avea precedentemente osservato che » il testamento » trae forza sol dalla volontà dell'autor suo, e dalla pre- » sunzione che ha persistito fino alla morte in una vo- » lontà che era rivocabile. Or questa restando sempre » sommessa alle limitazioni della legge, egli è eviden-

(1) *D. L.* 22.

(2) *L.* 6 *ff. de adim. leg.*

(3) *Quest. de droit Testament* §. 2.

(4) *V. anche la decis. della Corte di Cassaz. di Francia de'* 20 *gennaio* 1806 *cit. in Chabot quest. transit. Testament* §. *IV.*, 11, e §. *V*, *ove la quistione è trattata ex professo.*

» te che il testamento agli occhi della legge medesima
» non esiste che all'istante della morte del testatore;
» e quindi non può ottener effetto se non in quanto
» si trovi uniforme alla legge esistente a tal'epoca:
» donde segue che sia indifferente la circostanza se il
» testamento siasi fatto alla vigilia della morte del te-
» statore, o molti anni prima » (1): *Testamentum enim in mortuis confirmatum est: alioquin nondum valet dum vivit qui testatus est* (2).

Finalmente Toullier, traducendo in gravi parole la uniforme dottrina di tutt'i giureconsulti che lo precedettero, insegna: » ogni testamento contiene la condi-
» zione che il testatore persisterà nella stessa volontà
» sino alla morte. Il testamento non ha altra forza che
» quella che v'imprime siffatta perseveranza: è dunque
» la morte del testatore che, facendo avverare la con-
» dizione della di lui perseveranza nella stessa volontà,
» attribuisce nello stesso istante la validità al testa-
» mento, come se il testatore lo avesse reiterato al

---

(1) *Vedete questa dottrina in Chabot de l'Allier, quest. transit. Testament pag.* 442 *tom.* 2. *Ved. anche Grenier, traité des donations et des testamens tom.* 1 *pag.* 276, 2. *édition, Paris* 1812.

(2) *S. Paolo epist. ad Haebr. cap.* 9 *vers.* 17.

» momento della morte, o fatto non lo avesse che in » morendo » (1).

È una conseguenza regolare di questi principj che, per conoscere se il marchese Ferdinando Folgori dispor potea come dispose, sia di necessità consultare le sole leggi del 1810, quando egli cessò di vivere. Allora il suo testamento divenne irrevocabile: allora la sua volontà fu confermata dalla morte. In fatti, se tal capacità in disporre misurar si volesse colle leggi del 1801, quando il testamento fu fatto, come schivar l'assurdo che la capacità del testatore in un tempo solo si valuti; mentre, come or ora dimostreremo, è regola di diritto che ciò si faccia in due tempi?

La esposta teorica non cangia nel caso di sostituzion pupillare. È vero che due sono le eredità delle quali il padre in tale occasione dispone; la sua, e quella del figlio (2). Ma *l'autore che le regola* È UNO, cioè il padre. Laonde i tempi che richieggonsi per la fermezza del testamento fatto pel figlio, esser debbono quelli stessi che si valutano pel testamento paterno. Nè sarebbe possibile di contemplare in tal caso la morte

(1) *Toullier, droit civil, liv. III tit.* 11 *chap.* 11 *n.* 90.

(2) §. 2 *instit. de pupill. substit.*

dell'impubere; poichè le seconde tavole non sono l'opera sua, nè esser poteanlo: incapace per età di poter testare (1), muore non col proprio, ma col testamento che il padre formò per lui.

Noi, nello scrivere questa memoria, ci siamo imposti il dovere di non aggravarla col peso di numerose autorità: chè di esse addur potremmo abbondantissima serie, non essendovi causa, ove le leggi, gl' interpetri, e i dottori sieno più pieghevoli all' onorevole assunto che difendiamo. Ma talune dottrine scelte e decisive, sarebbe colpa l'ometterle. Sentasi adunque il solo Averanio sul proposito che il testamento pupillare, non avendo altro autore che il padre, unicamente dalla di costui volontà prende vita: *Est quidem testamentum filii*, SED A PATRE FACTUM . . . . . ET SOLA PATRIS VOLUNTATE NITITUR; *nullamque in partem filii voluntas requiritur; tum quia hac in re nullum habet animi judicium . . . . tum maxime quia facultas libera faciendi testamentum pro pupillo patri data est a lege, quia ipse pupillus testamentum facere non potest . . . . . adeoque etiam et ignorante et invito potest substituere quemcumque voluerit . . . . . Exploratissimum igitur est*, sola patris voluntate con-

(1) *L.* 5 *ff. qui testam. fac. poss.*

stare substitutionem pupillarem, atque in eam nihil omnino concurrere filii voluntatem. SPECTANDA EST IGITUR SOLA PATRIS VOLUNTAS (1) — Posto ciò, sarebbe una cosa tutt' affatto nuova e prodigiosa che, mentre l' autore e l' animator dell' atto è il padre, non si dovesse, al tempo di sua morte, conoscere se poteva o no disporre a nome del figlio.

§. II.

Si dimostra col principio della unità de' due testamenti, del padre, e del figlio.

È questa una seconda strada, che visa direttamente allo stesso scopo, cioè che per la fermezza delle tavole pupillari bisogna ricorrer sempre al tempo della morte del sostituente, quando il di lui testamento diviene invariabile.

I nostri contraddittori ricordarono l' antichissima disputa tra i Proculejani, e i Sabiniani, se cioè nel caso di sostituzion pupillare unico o doppio fosse il testamento del padre e del figliuolo. E quindi con

(1) *Averan. interpret. juris lib. 5 cap. 7 n. 5.*

rara precisione indicarono i principali argomenti di che i Sabiniani si valsero per sostegno della unità delle prime e delle seconde tavole: » Faceva, *essi dissero*, per la opinione de' Sabiniani l'unità dell'autore » ch'era il padre; l'unità della forma, potendo la » doppia instituzione contenersi in una sola scrittu- » ra, senza bisogno di raddoppiare nè il numero de' » testimonj, nè le altre solennità (1) (ragione unica » che adduce Teofilo in giustificazione del testamento » unico (2)); la dipendenza in fine, che la sosti- » tuzion pupillare aveva dal testamento paterno, non » potendo reggere, nè se il padre non avesse in- » stituito a se un erede, nè se tale instituzio- » ne, tranne il caso dell' inofficioso testamento (3), » non reggesse; il che appunto la fè chiamare *seque- » la e parte* del testamento paterno (4). Nasceva da » queste cose che una sola falcidia si detraesse da' » beni del padre, e del figliuolo, presi insie-

(1) *L.* 20 *ff. de vulg. et pupill.*

(2) *Paraphras. institutionum tit. de pupill.* §. 2.

(3) *Vinn. ad* §. 5 *institut. de pupill. substit. num.* 4.

(4) *L.* 38 *ff. de vulg. et pupill.* — *Instit.* §. 5 *de pupill.*

» me (1); che vi fosse diritto di accrescere fra' lega-
» tarj delle prime e delle seconde tavole (2); che ne'
» legati delle seconde tavole *il giorno cedesse* dalla
» morte del padre, non del pupillo (3); che l' erede
» necessario del padre fosse anche necessario al figliuo-
» lo (4).

A questa nitida esposizione de' motivi che servirono alla opinion di Sabino e de' suoi seguaci, bisognava però aggiugnere un' altra verità storica, pria di andare indovinando quali mai esser potessero gli argomenti contrarj de' Proculejani. Conveniva confessare che il sentimento de' Sabiniani fu generalmente applaudito, per cui tutt' i loro argomenti leggonsi nelle leggi a noi pervenute. Per l' opposto la opinione de' Proculejani, che ora si vorrebbe ravvivar dopo secoli, fu riprovata, nè avvi una legge che la sostenga. Altronde la ricevuta sentenza, se non avesse altro merito, per esser conservata, avrebbe almeno quello di una prescrizione immemoriale!! Ed è noto in tai casi l' insegnamento del giureconsulto Paolo: *Minime sunt*

(1) *L.* 11 §. 5 *ff. ad L. Falcid.*
(2) *L.* 34 §. 10 *ff. de legat.* 1.
(3) *L.* 1 §. 7 *ff. Quando dies legatorum cedat.*
(4) *L.* 10 §. 1 *ff. de vulg. et pupill.*

mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt (1).

Nè è vero che Giustiniano trovato avesse ardua la quistione che ne' primi tempi divise le due scuole; e che quindi finì colla piena vittoria de' Sabiniani. Egli disse: *Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum* (2). In ciò non vi ha ragione da attaccar brighe. Giustiniano per un eurema di diritto asserì che due fossero i testamenti, quasi il figlio si avesse direttamente nominato l' erede: e ciò è chiaro dalle parole *quodammodo*, e *tanquam*, che son note d' improprietà. Indi, per dire il vero, omesse le finzioni, Giustiniano aggiunse tosto *aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum*; e sanzionò in tal modo la dottrina comune (3). Dunque la massima generalmente accolta è che unico sia il testa-

(1) *L.* 23 *ff. de legibus.*

(2) §. 2 *instit. de pupill.*

(3) *L.* 2 §. 4 *ff. de vulg. et pupill. LL.* 20, e 38 §. 3 *ff. eod. L.* 28 *ff. de reb. auct. jud. possid.*

mento, sebbene in sostanza due fossero le eredità, due gli eredi, due le adizioni, due le morti che si attendono per farsi luogo all'acquisto di tali eredità tramandate con due disposizioni, una principale, l'altra accessoria (1).

Questa duplicità di cose regolate, o dipendenti da due spinte della volontà medesima, fu da' nostri contraddittori presa per punto di appoggio della dottrina cui essi aderiscono intorno alla necessità di ravvisare nelle seconde tavole un testamento distinto da quel del padre, per poterne poi trarre che non la morte di costui, ma quella del figliuolo attender debbasi per giudicare della fermezza del testamento che fu per lui fatto. Per tutta risposta potrebbe dirsi che le addotte circostanze non furon da' Sabiniani credute sufficienti a far ammettere la sentenza dell' altra scuola. Essi trovaron sempre, per deviare dalla sentenza adottata, un ostacolo nella volontà regolatrice de' due atti, la quale è sempre una, quella del padre: *Testamentum facere non possunt impuberes*, dice Giustiniano (2), *quia nullum eorum*

(1) *V. la L.* 2 *pr. e* §§. 1, e 4, *le LL.* 38 *e* 43 *ff. de vulg. et pupill. Ved. anche la L.* 11 §. 1 *ff. ad S. C. Trebell.*

(2) *Instit. quib. non est permiss. fac. testam. L.* 15

animi judicium est. Or sarebbe improprio che la volontà animatrice de' voluti due atti esaminar si dovesse in due diversi tempi, fingendo che il padre sostituente muoia una volta per se, una volta pel figlio!

Ma poi, a convincere gli avversarj anche loro malgrado, uopo è notare che, senza presupporre di esser le tavole pupillari parte e sequela del paterno testamento, non potrebbe spiegarsi come il sostituito in esse dir si potesse tacitamente sostituito *per vulgarem* anche al padre, se il figliuolo non nasceva, o altrimenti *heres non erat.* Il sostituito volgare è un secondo erede instituito. Altronde se l'assunto de' nostri contraddittori reggesse, si potrebbe nominare un erede in tutt' altra scrittura, che non abbia il carattere di testamento, o di parte del testamento paterno. Quanto ciò sia vero, si giudichi però dall' esser nulla la instituzione di erede, o sostituzion volgare fatta in un codicillo: *Codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest* (1).

Non dobbiamo ometter di notare che un principio in-

---

5 *ff. qui testam. fac. poss. Ved. anche Ulpian. fragm. tit.* 20 §. 11.

(1) *L.* 76 *ff. ad S. C. Trebell. L.* 6 *pr. et L.* 10 *ff. de jure codicill.*

nocente, ed introdotto per provvedere agl' interessi del pupillo, non già per atterrare la sentenza de' Sabiniani, si è anche tormentato onde alla causa del sostituito Folgori benignamente servisse. Papiniano aveva detto: *Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit: et ita Papinianus respondit: nec patris, frater: quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet* (1). Sull' appoggio di questa legge, la quale secondo il bisogno dichiara che le tavole pupillari or sieno testamento del padre, ora del figlio, i più dotti interpetri avvertirono che ciò seguisse, secondochè al vantaggio del pupillo converrebbe di qualificarsi o no autore del testamento per lui fatto dal padre (2).

Or si crederebbe che questo ingegnoso trovato degl' interpetri siasi preso per una *bella conciliazione* delle due opposte sentenze de' Sabiniani e de' Proculejani! e ciò nel disegno di cavarne che nel caso in ispecie,

(1) *L.* 8 §. 5 *ff. de inoff. testam.*

(2) *Donell. commentar. jur. civ. lib. VI cap. XXV n.* 29. *Aulis. tract. de vulg. et pupill. substit. quaest.* 3.

per la utilità che il pupillo Salvadore Folgori ne ritrasse, debba la sostituzion pupillare definirsi testamento di lui, ed in conseguenza sottratto all' imperio delle leggi del tempo in cui morì il padre, e dipendente solo da quelle in cui è morto il pupillo!

Ma, di grazia, dov' è che a costui giovasse di qualificar suo il testamento che gli fece il padre! Dopo la morte del voluto impubere tal supposizione è tanto più impropria, che egli, sentendo gravezza dalle seconde tavole, ne accusò per l'organo della sua legittima tutrice e del voto della famiglia il paterno testamento, e chiese ed ottenne in vigor di quest' atto la dichiarazione di erede, tolti però di mezzo tutt' i vincoli che vi si contenevano, non esclusa la sostituzion pupillare! — Nè altronde può dirsi utile al pupillo una sostituzione inchiusa nel corpo del paterno testamento, non occulta, nè intesa, pel non servato secreto, a garantir l'impubere dalle insidie degli agnati, ma capace di esporlo, per tanta pubblicità, a quelle dello stesso sostituito! Nè finalmente può chiamarsi vantaggio del pupillo il far succedere uno solo de' suoi congiunti in egual grado, ed escludere tutti gli altri, che forse di lui presero in vita più caldo interesse!

Del resto, che si vuole? Che la sostituzion pu-

pillare si abbia non per testamento del padre, ma del figliuolo; non parte e sequela del testamento paterno, ma testamento principale, distinto ed indipendente? E bene; lo sia, a dispetto di tutte le leggi che prescrivono il contrario. Ma ciò ammesso, cosa s' intende ritrarne? Che le tavole pupillari debbano esaminarsi colle leggi del tempo in cui muore il pupillo? È questa una disperata intrapresa, resistita da mille principj. La sostituzione è fatta dal padre, il quale può mutar volontà fino al momento di sua morte. Il padre dopo avere *in pupillaribus tabulis* nominato nn erede al figlio, può benissimo o cangiare il nome dell' erede, o tutt' affatto annientare la sostituzion pupillare. Or questa libertà nel sostituente non estinguendosi che al momento in cui egli muore, convien dire che allora le tavole pupillari acquistano la loro fermezza, e divengono irrevocabili. Dunque è una verità inconcussa che questo testamento del figliuolo, come opera del padre, che dee persistervi fino al termine di sua vita, non può, in quanto alla validità, esser regolato da altre leggi che quelle del tempo in cui la vita del padre istesso si estingue. È questo un ragionamento che, anche lasciando indietro la quistione insorta tra' Proculejani e i Sabiniani, vigorosamente resiste a tutti gli urti de' contraddittori, raddoppiati per evitar l' incontro della legislazione del 1810.

Ed in vero, improprio sarebbe di voler sostituire al tempo della morte del padre che ordinò la sostituzione pupillare, quello della morte del pupillo per misurare la facoltà e capacità di disporre. Il tempo della morte del testatore non per altra ragione si attende, se non perchè egli poteva rivocare il testamento. Il tempo della morte del pupillo per qual ragione si attenderebbe? può egli forse cambiare il testamento fattogli dal padre? Riguardo alla di lui persona, egli non avea facoltà di disporre, nè quando il padre fece il testamento, nè quando costui morì, nè quando esso muore in età pupillare. Il tempo della morte del pupillo non riguarda la capacità del testatore, ma quella del sostituito; il che con raro artifizio si procura sempre da'nostri avversarj d' involvere.

In somma, tutto potrebbe ridursi a questo. Chi volete che abbia nominato l'erede della controversa eredità, il padre o il figliuolo? Il figliuolo nol poteva, perchè la legge gliel vietava durante il periodo della impubertà (1). Dunque l'erede fu per lui nominato dal padre. E se di ciò non può farsi dubbio, è anche certissimo che per vedere se possa o no reg-

(1) *Instit. quib. non est permiss. fac. testam. L. 5 ff. qui testam. fac. poss.*

gere la instituzione a nome del figliuolo, attender bisogna i due tempi, del fatto testamento, e della morte del padre che ne fu l'autore.

§. III.

Si dimostra colla legge espressa.

Pare che si scherzasse quando si dice che la legge espressa comanda doversi attendere il tempo in cui muore il padre per giudicare della validità delle tavole pupillari; ma pure è così. Molte leggi sono registrate ne' libri del romano dritto, le quali precisamente sostengono questa massima. Noi, a non esser profusi oltre il bisogno, ne ricorderemo le principali.

Alla causa del testamento, dice il giureconsulto Ulpiano (1), si appartiene tutto ciò che vi si trova scritto, e che caratterizza la ultima volontà del suo autore; e ciò s'intende tanto per le prime che per le seconde tavole, cioè tanto pel testamento paterno, che per la sostituzione pupillare, la quale non è altrimenti creata che dalla volontà del padre — E la ragione

(1) *Nella L. 2 §. 2 ff. testam. quemad. aper.*

di ciò, con squisita analogia fu additata dal giureconsulto Gajo (1) in questi termini: *Sicut codicilli pars intelliguntur testamenti: ita secundae tabulae principalium tabularum partem obtinere videntur.* Or siccome sarebbe improprio che la efficacia de' codicilli indagar si dovesse in tempi diversi da quello in cui si esamina il valore del testamento di cui sono appendice, così sarebbe strano che il tempo per conoscere della stabilità e fermezza delle seconde tavole potess' esser diverso da quello in cui del paterno testamento si giudica. Quando si valuta la parte, il resto dell' atto soffrir non dee per un esame parziale: ma quando al contrario si esamina il principale, cioè l'atto intero, inconcepibile assurdo sarebbe se la parte, ossia l' accessorio ne fosse escluso.

In più leggi è disposto che, se all' epoca della morte del padre, il figlio impubere si trovi emancipato, o deportato, la sostituzione pupillare svanisce (2): *Cum filiae, vel nepoti*, dice Papiniano (3), *qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit tenere*,

---

(1) *L. 11 ff. testam. quem. aper.*

(2) *V. le LL. 28 e 29 ff. de vulg. e Cirillo e Mangieri su questo titolo.*

(3) *L. 41 §. 2 ff. de vulg.*

parens substituit : si quis ex his MORTIS QUOQUE TEMPORE *non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* E dopo queste leggi si può ulteriormente contendere che l' epoca della morte del padre sia un tempo indispensabile a giudicare della validità delle tavole pupillari ? e che in conseguenza per conoscere se il padre potea far ciò che fece, ricorrer debbasi alla legislazione del tempo in cui egli muore ?

Non possiamo però dissimulare che Ulpiano (1), il quale per altro fu uno de' più fermi settatori della sentenza de' Sabiniani (2), avvertì : *Pupillares tabulas etiam si non fuerit superscriptum ne aperirentur, attamen, si seorsum eas signatas testator reliquerit, Praetor eas aperiri, nisi causâ cognitâ non patietur.* Ma questa legge non offende i principj finora esposti, nè sostiene la teorica singulare de' nostri contraddittori. Il giureconsulto suppone che il testamento pupillare sia fatto separatamente da quel del padre, e vuole che l' *apertura materiale* di esso non avvenga pria del tempo in cui la sostituzione pupillare si verifica. Il che era una precauzione diretta a prevenir le insidie che tramar si potessero contro la vita dell' impubere dalle per-

(1) *Nella L.* 8 *ff. testam. quemad. aper.*
(2) *V. la L.* 2 §. 4 *ff. de vulg.*

sone sostituite; sotto il qual rapporto era anche costume di scrivere le seconde tavole in piè delle prime, covrirle, e vietare che in vita del testatore si aprissero (1). Ma sempre la validità del testamento fatto all'impubere era dipendente da quello che il padre faceva a se stesso (2): e ciò basta perchè, in quanto alla capacità del testatore, unico sia il tempo dell'apertura dell'uno e dell'altro.

Questa massima molto più regge nella specie, poichè D. Ferdinando Folgori non scrisse le seconde tavole separatamente dalle prime, nel senso del giureconsulto Ulpiano; nè si diede la premura di tener dietro al consiglio di Gajo facendo una sostituzione pupillare segreta, coll'altro mezzo di scriverla in piè del suo testamento e ricoprirla col divieto di aprirsi. Folgori parlò di tal sostituzione nel seno del suo testamento: il perchè non solo per forza degli uniformi principj legali, ma pel fatto, sono le seconde tavole una parte delle prime, di modo che a regolarne il

(1) §. 3 *instit. de vulg. et pupill. substit.* — *Gajus lib.* 2 *tit.* 4 — *Svet. in Galba cap.* 9 — *Ved. anche la L. ult. ff. de fideicomm. libert.*, e *la L. ult. ff. ad S. C. Trebell.*

(2) *L.* 11 *ff. testam. quemad. aper.*

valore uopo è ricorrere alla legislazione del tempo in cui queste si aprirono.

Un ultimo argomento che corona la dimostrazione, ce l'offre Ulpiano nella legge 3 §. 4 del titolo *de heredibus instituendis*. Era di principio che, sebbene per le leggi caducarie l'eredità agli estranei eredi dall'apertura del testamento si deferisse (1), pure agli *eredi suoi* la eredità si deferiva e si acquistava dal giorno della morte (2). In tal modo divien chiara la suddetta legge, ov'è scritto, che dopo la morte del testatore, il differimento dell'apertura del testamento non altera il diritto del *necessario erede*, se anche in tempo che la eredità pupillare si deferisce, il sostituito sia di aliena famiglia. Ecco la legge: *Aperturae tabularum dilatio necessarii heredis jus non mutat; ut solemus in substituto impuberis dicere. Nam est relatum, si se adrogandum dederit substitutus impuberi defuncti filius, necessarium eum fore.* La ragione di ciò non può altrimenti desumersi che dalla

(1) *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet — L. 5 ff. de regul. Caton. Ved. Gotofr. su questa legge, e Cujac. 14 obs. 4.*

(2) *V. Pothier pand. Justin. lib. 28 tit. 7, §. 3 art. 2 not. 1.*

unità del testamento del padre e del figlio, per cui basta che il sostituito abbia i dritti di famiglia in tempo che muore il padre. *Quidquid*, nota il dotto Pothier (1), *contingit suo heredi post mortem testatoris intra dilationem aperturae tabularum, non potest mutare jus ipsi ex die mortis quaesitum*; *adeoque*, *etiamsi jura familiae omittat*, *perget esse testatori necessarius heres. Imo impuberi ex substitutione pupillari erit heres necessarius, quamvis tempore delatae pupillaris hereditatis ipse sit in extranea familia. Sufficit enim eum habuisse jura familiae tempore mortis testatoris, cum et patris et filii unum sit testamentum* — Dicasi dopo tutto questo se è possibile di sconvolgere le verità più sicure in diritto per accreditare la causa del sostituito Folgori, schivando il tempo della morte del marchese D. Ferdinando!

(1) *Pandect. Justin. ivi.*

§. IV.

La esposta teorica legale non cangia nelle disposizioni condizionali, o rimesse ad un tempo posteriore alla morte del testatore.

ARTICOLO I.

Distinzione tra la capacità del testatore, e quella dell' erede.

I nostri contraddittori non potevano servir meglio al loro assunto che sfuggendo per quanto più si potesse questa importantissima distinzione. Noi d'altra parte la stabiliremo come un nuovo punto di appoggio alla dimostrazione della buona causa che ci è dato di sostenere.

In ogni tempo e presso tutt' i giureconsulti di antica e di nuova scuola si è distinta la capacità del testatore da quella dell'erede. E ciò stava eminentemente nella natura delle cose, e nell' indole de' principj che guidar debbono all' esame della quistione, che spesso si presenta per vedere se il testatore era capace di dare, se l' erede lo sia di ricevere.

Ed in vero, non di rado un uomo, nel libero esercizio de' suoi diritti civili, ha la capacità di disporre come gli aggrada; ma nello stesso tempo l'erede o il legatario al quale rivolger voglia le di lui liberalità, non sarà in grado di ricevere. In tal caso il testatore è capace, l'erede incapace; il testatore nella facoltà di dare, l'erede nella inabilità di ricevere. — Ed al contrario può del pari avvenir l'opposto, cioè che l'erede sia capace di succedere, ma il testatore incapace di disporre; come per esempio, se un minore nomini a se un erede senza che giunto ancor fosse all'età in cui le nuove leggi gli permettano di disporre in parte del suo patrimonio (1).

Fu perciò che i dottori comunemente distinsero l'*attiva* dalla *passiva* capacità del testare; la prima in riguardo a colui che dispone, la seconda nell' interesse della persona chiamata a ricevere (2).

Laonde nel ragionare su gli effetti di un testamento, sarebbe massimo errore il confondere queste due capacità, o scambiar l' una coll' altra. La capacità

---

(1) *Art.* 819 *legg. civ. Ved. il* §. 1 *instit. quib. non est perm. fac. testam.*

(2) *V. Vinn. in* §. 4 *instit. de hered. qualit. et different. num.* 7 *in fin.*

dell' erede è indipendente, nè ha nulla di comune con quella del testatore.

ARTICOLO II.

Tempi ne' quali si valuta la capacità del testatore, e dell' erede.

STABILITO il principio che l' abilità dell' erede o del legatario in ricevere sia essenzialmente diversa dalla capacità del testatore in disporre, si posson con sicurezza definire i tempi in cui questa esser dee costante.

Negli atti fra vivi, la capacità delle parti si esige in un tempo solo, cioè all' istante dell' atto, il quale è irretrattabile di sua natura (1). Ma ne' testamenti, variabili sino alla morte, e che acquistano la loro fermezza dalla perseveranza durevole del testatore, la di costui capacità si misura in due tempi, 1. in quel-

(1) *Solo nelle donazioni la capacità del donante, e del donatario uopo è che concorrano al momento della perfezione dell' atto, cioè quando le due volontà s' incontrano l' una per donare, l' altra per accettare il dono. Ved. Toullier, droit civil tom. V. num.* 95 *e seguenti.*

lo del fatto testamento ; 2. in quello della morte.

Il testamento di colui che capace non fosse al tempo in cui dispone, sarebbe irreparabilmente nullo, quando anche il testatore si trovasse capace in morendo (1): *Est autem*, dice Vinnio (2), *hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, et si postea testamenti factionem habere coeperit*. La capacità del testatore al tempo dell' atto è necessaria onde possa reggere nel principio (3).

In oltre il tempo della morte del testatore è indispensabile perchè allora il testamento acquista la sua fermezza (4).

Questa capacità del testatore in due tempi, richiesta dalle romane leggi, non è contrariata dalle nuove; e perchè non vi hanno derogato; e perchè conviene

(1) §. 1 *instit. quib. non est permiss. facere testam.*

(2) *In* §. 1 *instit. quib. non est permiss. fac. testam. Domat legg. civ. part.* 2 *lib.* 3 *tit.* 1 *sez.* 2 *num.* 2. *Grenier, traité des donat. et testam. tom.* 1 *pag.* 271.

(3) *LL.* 29 *e* 210 *ff. de regul. jur.*

(4) §§. 1 *e* 4 *instit. quib. modis testam. infirm.*

all' indole degli atti , che , lungi di acquistare la loro perfezione in principio, non divengono irrevocabili che al tempo della morte de' proprj autori (1).

Dal che il dotto Toullier (2) desume a ragione che se un minore, anche divenuto maggiore, disponga in vantaggio del suo tutore pria dell' appuramento del conto definitivo , il testamento sarebbe nullo, quando anche il testatore dopo la liquidazione del conto morisse , poichè non era egli capace di testare al nascer dell' atto (3). La qual ragione anche regge ne' casi d' incapacità parziale. Se, per esempio, un minore già pervenuto alla età di 16 anni disponga non della metà , ma dell' intero suo patrimonio , l' erede non potrebbe pretendere che la metà , quando anche il minore fosse morto dopo la età maggiore (4).

(1) *Vedete all' uopo Maleville, Grenier, e Toullier nel suo diritto civile tom. V num.* 88.

(2) *Ivi.*

(3) *La stessa opinione portarono Ricard, Voet, e Grenier.*

(4) *Toullier al luogo citato. Ved. anche la decisione della corte di appello di Grenoble de'* 7 *luglio* 1811 *nella giurisprudenza del codice civile tom.* 7 *pag.* 482.

In quanto all' erede, onde conoscere in quai tempi debba egli trovarsi capace, uopo è distinguere le *pure* dalle *condizionali* instituzioni. Nelle prime la di lui capacità, al pari che avviene pel testatore, debbe esistere ne' due tempi del fatto testamento, e dell'aperta successione, ossia della morte del testatore, quello dell' adizione dell' eredità, come Vinnio dimostra, non essendo necessario (1): *In pura institutione*, egli dice, *extrema duo sunt*, *testamenti et mortis testatoris*; *medium unum*, *quod inter duo ista interjectum est.*

Rispetto a' tempi della capacità dell' erede nelle instituzioni condizionali gl' interpetri si scissero. Alcuni, come Giovanni Fabro, pretesero che l' erede doves-s' esser capace di ricevere in due tempi, in quello del fatto testamento, e dell' avvenuta condizione, senza tenersi alcun conto del tempo della morte del testatore: altri, fra' quali il Vinnio, insegnarono che in tutti e tre questi tempi dovesse la capacità dell' erede avverarsi (2). = Noi non intendiamo risolvere col nostro avviso una disputa che sommi uomini credettero

---

(1) *§. 4 instit. de hered. qualit. et different. Ved. Vinnio ivi n. 6 e 7.*

(2) *V. Vinnio in §. 4 instit. de hered. qualit. et differ. n. 7.*

di grave momento. E questa riserva è tanto più lodevole, perchè niun bene ne deriverebbe alla causa, la quale non dalla capacità dell' erede, ma da quella del testatore onninamente dipende.

ARTICOLO III.

La incapacità assoluta del testatore ne' tempi intermedj, ove non si trovi svanita quando egli muore, vizia la disposizione, sia pura o condizionale.

Nel diritto romano per *placito* era stabilito che le cose da principio validamente determinate, si avessero come non avvenute se un caso arrivasse, dal quale non potrebbero aver consistenza: *Etiam ea*, dice il giureconsulto Marcello, *quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere* (1). Questa regola par che sia in contraddizione coll' altra: *Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt* (2). Ma

---

(1) *L.* 98 *pr. ff. de verb. obligat. Ved. anche la L.* 140 §. 2 *ff. eod.*

(2) *L.* 85 §. 1 *ff. de regul. jur.*

Giacomo Gotofredo, la di cui opinione ragionevolmente andò a genio degli eruditi più in credito, concilia le due leggi, ed assegna a ciascuna l'effetto che dee produrre.

Tutto il magistero del grande uomo è in ciò riposto. Egli distingue gli atti che acquistan forza allor che nascono, e che validi da principio, non vanno incontro a vicende pria del novello caso che ne impedirebbe l' effetto; dagli atti eventuali, o che se anche validi fossero nel principio, pure l' effetto che produr debbono non sia giunto avanti 'l nuovo accidente. Gli atti della prima specie non sono scossi dal cangiamento di circostanze; ma gli altri svaniscono e si annullano e si perimono *emergente casu a quo initium capere non potuerunt* (1).

Queste regole si son sempre osservate per sapere di quale influenza esser dovessero le novità sopraggiunte dopo gli atti di già avvenuti. Restringiamoci a' testamenti onde non aggravare il lavoro di cose estranee all'oggetto per cui scriviamo.

---

(1) *V. le annotaz. di Gotofredo su la L.* 85 *ff. de regul. jur.*, *ed Eineccio in adn. ad Vinn.* §. 14 *instit. de legat.* — *Così pure Vinnio dietro Ugon Donello* — *Vedete anche Brunemanno su la L. penult. ff. de verbor. obligat.*

Allorchè un testamento non è divenuto irrevocabile per la morte del testatore, le disposizioni, che vi si contengono, sono manifestamente nella classe degli atti imperfetti. Quantunque validamente costituite da principio, sono esse a discrezione degli avvenimenti posteriori, poichè, lungi dal derivarne dritti certi ed incommutabili, son meramente l' appoggio di nudo speranze. Questa verità è riconosciuta dagli stessi difensori del sostituito (1); sebbene nel farne l' applicazione al caso in ispecie, essi la rivolgono a loro profitto scambiando la capacità del testatore con quella dell' erede.

La incapacità che dopo il fatto testamento sopraggiunga al testatore, può essere *assoluta*, può essere *accidentale*, cioè consistere in un impedimento temporaneo della persona. Può in oltre questa incapacità derivare dal *divieto di cosa*, ed allora in quanto alla disposizione che la legge rigetta, si avrebbe una incapacità limitata o parziale. Svolgiamo queste distinzioni per apprezzarne il valore.

Il testatore fa testamento quando è capace di farlo; ma indi soffre diminuzion di capo, e cessa di vivere in questo stato. Il testamento diviene irrito, poi-

(1) *V. le pag.* 82, 83 *ed* 84 *dell' allegaz. per D. Nicolà Folgori impressa nel Tribunal Civile.*

chè al tempo della morte che dovrebbe fissarne la stabilità, l'atto, per la sopraggiunta incapacità assoluta del testatore, trovasi pervenuto ad un caso onde non è possibile che prenda forza (1).

Al contrario se l'impedimento, che sopravviene sia accidentale, il testamento ch' egli avesse fatto per lo innanzi non sarà irritato dal caso posteriore, tutto che il testatore morisse nello stato d'impedimento. Ecco perchè il testamento del prodigo, e del furioso, fatto allorchè il testatore era sano di mente, non è pei principj del dritto romano annientato dalla sopraggiunta prodigalità, o dal furore. La ragione della diversità dipende dal perchè, nel caso di diminuzione di capo, il testatore incorre in una incapacità assoluta che gli toglie il potere di disporre, e di avere un erede. Per l'opposto nel secondo esempio, la qualità, o la condizione della persona del testatore non cangia, per cui non può essergli vietato di avere un erede in vigor del testamento già fatto: *Si vero quid postea supervenerit*, dice Vinnio, *quod statum et conditionem personae testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei inter-*

(1) §. 4 *instit. quib. mod. testam. infirm. Ved. Vinnio ivi*, e *Toullier, droit civ. tom.* 5 *num.* 87.

dictum fuerit, aliud juris est, et testamentum ratum manet (1). La demenza, aggiugne Domat (2), e le altre infermità che sopravvengono al testatore dopo il suo testamento, e che lo rendono incapace di farne un altro, fissano la di lui volontà nello stato in cui trovavasi all'ultimo momento dell'uso che potè farne (3).

In riguardo alle *disposizioni proibite*, ossia a' *divieti di cose*, bisogna convenire dell'applicabilità degli stessi principj relativi alla incapacità assoluta del testatore. Quando la legge rigetta una disposizione, il testatore è messo in ciò nello stato di una parziale incapacità, perchè non può violare il divieto dalla legge imposto.

Un esempio luminoso di questa incapacità si rinviene nella proibizione de' fedecommessi. Il testatore è in piena libertà di disporre puramente della sua eredità, ma non può darla ad un primo erede col peso di conservarla per poi farne la restituzione ad un altro.

La incapacità assoluta del testatore, sia totale,

---

(1) *Vinn. in* §. 4 *instit. quib. mod. testam. infirm.*

(2) *Legg. civ. lib.* 3 *tit.* 1 *sez.* 2 *n.* 16.

(3) *V. anche Toullier, droit civ. tom. V. n.* 57 *ed* 87.

o parziale, cioè o che dipenda da diminuzion di capo, o che derivi da divieti di cose, annulla la disposizione in qualunque caso, se il testatore che testò mentr' era capace, muoia incapace. In tal caso sarebbe un errore il ricorrere alla teorica delle disposizioni condizionali, nel disegno di sfuggire il tempo della morte del testatore, per attender quello dell' *effetto*. Questo ripiego, come or ora vedremo, può esser utile all' erede se il testatore muoia capace; ma non è applicabile a costui se incapace egli muoia; il che è ne' principj testè esposti. Il tempo della morte del testatore è indispensabile per conoscere se egli poteva far ciò che fece, e se dispor potea, come dispose. Questa dottrina presso tutt' i nuovi giureconsulti è costante (1). Toullier, dopo aver parlato degl' inviti fedecommessarj sommessi a condizione, aggiugne: « è » vero che quest' ordine successivo non è stabilito che » condizionalmente, e non di un modo assoluto; ma » proibendo le sostituzioni, l' articolo 896 non ha di» stinto affatto tra quelle che son fatte puramente e

(1) *V. Chabot de l'Allier quest. transitoires, Testament pag.* 442 *tom.* 2 — *Grenier traité des donat. et des testam. tom.* 1 *pag.* 133, 134 *e* 136, *e tom.* 2 *pag.* 74, 75 *e* 156.

» semplicemente, e quelle che sono sotto condizione » disposte. La sua disposizione è generale; nè è per» messo di crear una distinzione che non sta nella leg» ge »: *le sostituzioni condizionali son dunque nel divieto generale ravvolte* (1). Nè sono da obbliarsi le gravi parole de' primi Giudici a tal proposito. *Il destino, essi dissero, di queste proibite disposizioni è sempre lo stesso, o che siano pure, o che siano condizionate, perchè dovendo prender vigore nella loro origine dalla volontà del testatore, ove questa manca, perchè la legge l'ha distrutta, non potranno mai più essere in appresso produttive di effetto, abbenchè al tempo, in cui si avveri la condizione, si trovi cessato ogn' impedimento* (2).

(1) *Toullier cita in rinforzo della sua opinione un arresto della Corte di Cassazione di Francia del 1 luglio 1812, ed un decreto del Governo de' 31 ottobre 1813.*

(2) *Pag. 114 in fin. e 115 della sentenza del Tribunal Civile, impressa a cura de' Pignatelli.*

ARTICOLO IV.

Applicazione alla causa. Si rimuove la difficoltà ritratta dall'eccezione alla regola Catoniana.

Più oltre dimostreremo che le nuove leggi pubblicate nel 1808, e poste in osservanza dal primo gennaio 1809, tolsero al padre il diritto singolare di potestà, per lo innanzi praticato, cioè quello di sostituire pupillarmente. Quindi le tavole pupillari validamente ordinate dal marchese D. Ferdinando Folgori nel suo testamento del 1801, divennero irrite per vigore delle nuove leggi, sotto l'azione delle quali cessò egli di vivere.

Da' nostri contraddittori si è asserito e sostenuto con forza, che la legislazione del 1810 non potè viziare la sostituzion pupillare di cui si tratta, perchè l'effetto della medesima era rimesso ad un tempo posteriore alla morte del sostituente; e che, siccome all'epoca della morte del preteso pupillo le sostituzioni pupillari, condizionali di lor natura, non erano interdette, così debba esser efficace quella che dà alimento alla lite.

Vedremo in seguito che le leggi attuali non hanno inteso, nè volnto rimettere in uso le sostitnzioni

pupillari permesse dalla legislazione romana. Per ora vogliamo co' nostri avversarj supporre l'opposto. Che perciò? La sostituzione ordinata dal marchese D. Ferdinando, incontrandosi col divieto delle leggi sotto il dominio delle quali egli lasciò la vita, annullata una volta, non ha potuto posteriormente risorgere.

Il tempo dell' *effetto* è utile di valutarlo quando un erede, che sia incapace allor che muore il testatore, possa trovarsi capace al momento che la disposizione vada a congiungersi coll' effetto. Ma ciò non può mai aver luogo, se il testatore all' epoca della morte si trovi incapace di disporre come dispose. In tal caso la legge dell' aperto testamento annienta la disposizione vietata, se anche fosse condizionale; ed è allora che il diritto dell' erede o del legatario si annulla per controcolpo, non potendo l' effetto sussistere senza la causa (1). *Tempus mortis testatoris* (son parole di Ulrico Ubero (2)) *est ipsum illud, quo testamentum vires capit, adeoque praesens est tempus, nec usquam pro incerto habetur aut haberi potest : sed*

(1) *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent. L.* 129 §. 1 *ff. de regul. jur.*

(2) *Huber. lib.* 24 *tit.* 7 *ff. n.* 4.

immediate connectitur cum testamenti factione, cujus tempore si non valuerit legatum aut heredis institutio, non potest quoque tempore mortis valere, quoniam, ut diximus, hoc cum illo, sine medio cohaeret. Or quando una legge intermedia, in attività al tempo della morte, impedisce che il testamento risalga all' epoca in cui fu fatto, come gli estremi si potrebbero unire, e far de' due tempi un tempo solo?

Lo stesso vale nelle condizioni. Nel provarlo, andremo opportunamente a rimuovere un' altra obbiezione del sostituito.

La condizione si retrotrae, e si ricongiunge al tempo della morte del testatore, ma ciò avviene quando gli *estremi son abili*, cioè non vi sia ostacolo intermedio che ne impedisca il contatto. In questo caso ha luogo l' altra massima: *Se la condizione è estinta, il testamento caducato non rinasce.* E così pure del fedecommesso: *Obligatio semel extincta instaurari non potest* (1); e può con maggior ragione dirsi della legge che non ha effetto retroattivo, ciocchè avvertì del patto il giureconsulto Paolo: *Non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur* (2). Anzi pel mar-

(1) *L. 9 cod. de remiss. pignor.*
(2) *L. 27 §. 2 ff. de pactis.*

chese Salvatore Folgori non può nè pur dirsi estinto un obbligo che non mai nacque, nè sostenersi nato pel zio D. Nicola un diritto che abortì pria di nascere; poichè di abortita sostituzione propriamente si tratta.

Posti questi principj, è evidente che la eccezione alla regola Catoniana nel caso in ispecie non giova. La regola è questa: *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (1); e perciò la instituzione nulla nel suo principio, non può divenir valida posteriormente (2). Sì fatta regola si applica però solo alle *pure* disposizioni di ultima volontà, cioè a quelle che debbono aver effetto in tempo della morte del testatore (3): la eccezione sta per le disposizioni condizionali: *Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere* (4).

È in vigore di questa eccezione che si poteva lasciare la eredità ad un incapace sotto la condizione

(1) *L.* 1 *ff. de regula Catoniana.*

(2) *L.* 210 *ff. de regul. jur. Ved. anche le LL.* 29 *e* 201 *ivi.*

(3) *Pothier pand. Justin. lib.* 24 *tit.* 7 *n.* 2.

(4) *L.* 4 *ff. de regul. Caton.*

che capace addivenghi (1); che si permetteva il legato condizionale della cosa propria del legatario (2); e che le colonne, i marmi, ed altri oggetti uniti ad un edifizio, tutto che ne fosse proibita la disposizione per non deturpare la città disfacendo le fabbriche cui aderivano, potevansi dare sotto condizione (3). In questi ed altri casi della stessa indole non si riguardava il tempo del fatto testamento, ma quello della condizione verificata; ed allora la disposizione conseguiva il suo effetto, ove l' impedimento si trovasse cessato.

Tutto ciò, come dicevamo, non giova al sostituito Folgori. Il marchese D. Ferdinando, attesa la proibizione delle sostituzioni pupillari, era nello stato d' incapacità assoluta di testare pel figlio. Riguardo al sostituente, indarno si ricorre ad esempj diretti o a togliere di mezzo la incapacità dell' erede, o a legar cose di cui per un temporaneo impedimento non si potrebbe puramente disporre. Noi versiamo in un caso ove a pieno torto si cerca di ascondere la incapacità del testatore sotto i veli della capacità dell' erede. Al-

(1) *L.* 62 *ff. de hered. instit.*

(2) *L.* 98 *ff. de condit. et demonstrat.*

(3) *L.* 41 §. 1, *L.* 43 *ff. de leg.* 1. *Ved. Pothier pand. Justin. lib.* 34 *tit.* 7 *num.* 3.

tronde si sa che le leggi romane nè puramente, nè sotto condizione tolleravano le disposizioni di cose di cui per assoluto divieto non si potesse disporre. Ecco perchè assoluto è il divieto di legare *monumentum*, mentre è permesso di concedere il semplice dritto di sepoltura (1). Ecco perchè Ulpiano chiama mentecatto colui che nel suo testamento disponesse de' fondi addetti alle delizie del Principe (2).

E per migliore appoggio della dottrina che inutilmente si ricorre all' eccezioni della regola Catoniana, e quindi al tempo dell' effetto, quando i divieti di disporre, lungi di esser temporanei o relativi, sono assoluti, giova richiamare in rinforzo due esempj luminosi, che nelle stesse leggi romane s' incontrano. Se taluno, dice Ulpiano, faccia un legato de' fondi patrimoniali del Principe, i quali senza suo beneplacito non posson distrarsi, al legatario non dee in iscambio prestarsi la stima (3). Al contrario, soggiugne il giureconsulto, se a taluno si leghi la cosa altrui ch'egli non può avere, se gli darà la stima (4). Perchè questa

(1) *L.* 14 *cod. de legat.*

(2) *L.* 39 §. 8 *ff. de leg.* 1.

(3) *L.* 39 §. 10 *ff. eod.*

(4) *Sed si res aliena, cujus commercium lega-*

differenza? perchè nel primo caso il testatore era in una parziale assoluta incapacità di disporre; non così nel secondo. Laonde, ove un testatore contravvenga a' divieti assoluti della legge, il testamento è irreparabilmente nullo; ed invano il legatario o l'erede, annullata già la disposizione vietata, ricorrerebbe a leggi innovative che più indulgenti apparissero.

Crolla dunque dalle sue basi l'edifizio che i nostri avversarj vollero ergere sulla teorica de' tempi medj, e sull'effetto delle disposizioni condizionali. È piena di spirito, ma non solida la sfuggita che D. Nicola Folgori come pupillarmente sostituito, trovavasi invitato sotto condizione, non offesa dalle leggi del 1810. Queste annullarono per sempre l'obbligo imposto a D. Salvatore di aver per erede colui che non era nella effettiva sua scelta.

Nè possiamo ometter di osservare, che se in nome dell'ultimo marchese defunto il gravame fu rigettato, non si può ora, trovandosi già estinto, rianimarlo con una legge nuova: questa in tal caso servirebbe di stimolo a produr domande della stessa indo-

---

tarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi (*L.* 40 *ff. eod.*).

le, e diverrebbe retroattiva. = Di più, se sopravvenisse altra legge, colla quale di bel nuovo si permettessero tutte le fedecommessarie sostituzioni riconosciute dal dritto romano, quelle di già abolite, secondo il ragionare degli avversarj, risorgerebbero, e forse con maggior appoggio. In tal caso l' immediato sostituito direbbe che fu utile il fedecommesso non solo quando il testatore lo fece, ma pure allor che morì: ed in tal modo sarebbe in circostanze più favorevoli di D. Nicola Folgori, perchè conterebbe in di lui favore tutt' i tempi, cioè, 1. quello del testamento; 2. quello della morte del testatore; 3. il tempo della verificata condizione. Ed ecco come per via di sforzi ingegnosi si conchiuderebbe in massima, che è retroattiva ogni legge! O, quel ch'è peggio, la legge del 15 marzo 1807, il decreto de' 22 ottobre 1808, ed il codice civile sopraggiunto, sarebbero stati efficaci per annullare le sostituzioni antiche, non già quelle disposte da' testatori che morissero sotto il loro dominio, come avvenne pel marchese D. Ferdinando Folgori. E con questo felice ragionamento si vedrebbe abolito il fatto, e vietato il faciendo, eccetto quel che si trovava fatto a metà, e non ancor sigillato colla morte, ancorchè seguita durante il divieto!!

PARTE TERZA.

Analisi delle disposizioni contenute nel testamento del marchese D. Ferdinando, supposto che possa reggere.

SEZIONE I.

Sostituita pupillare fu la moglie del testatore col gravame di conservare per restituire a D. Nicola Folgori, o al primogenito della sua linea. La chiamata pupillare di D. Nicola, o del primogenito che si troverebbe esistente, è ravvolta nella tacita volgare, e commista a sostituzioni fedecommessarie.

I nostri avversarj insegnarono la massima, che *se al sostituito pupillare si sostituisca soltanto fedecommessariamente, il sostituito per questo modo non sarà mai il successore immediato del pupillo; e quindi non vi saranno più gradi di sostituzion pupillare* (1). Ma nel palesare questa verità, essi non videro il pericolo

(1) *Pag.* 40 *dell' allegazione scritta pel marchese D. Nicola Folgori nel Tribunal Civile.*

dell' applicazione, poichè in buona fede credettero che il marchese D. Ferdinando, avvalendosi de' poteri che davangli le leggi del tempo in cui testava, più gradi di sostituzion pupillare avesse ordinato (1). Basta però esporre la corrispondente parte del di lui testamento per conoscere come i nostri contraddittori si uccidono colle proprie armi.

Il testatore disse: » E quando avvenisse il caso » che non esistessero nè figli, nè figlie da me pro- » creati dal presente matrimonio, o che morissero *in* » *pupillari aetate ab intestato*, instituisco la marche- » sa D. Marianna mia dilettissima moglie, guardando » però il letto vedovile, erede usufruttuaria di tutti » li miei beni, per qualsivoglia titolo o ragioni » a me si appartengono o possono appartenere, DOPO » LA MORTE DELLA QUALE, O NEL CASO CHE LA MEDE- » SIMA PASSASSE A SECONDE NOZZE, voglio, che in det- » ta mia eredità, e beni succeda e debba succedere » il mio fratello Capitano D. Nicola Folgori, e suoi » figli, e discendenti maschi legittimi, e naturali da » primogenito in primogenito *in perpetuum et in infini-* » *tum* ».

(1) *V. la L. 2 ff. de vulg. et pupill.*, e *Pothier pand. Justin. tit. de vulg. n.* 35.

Or le parole *dopo la morte della quale*, *o nel caso che la medesima passasse a seconde nozze*, mentre dimostrano che, per darsi luogo alla sostituzione di D. Nicola Folgori, la marchesa instituita erede raccor dovea la eredità, escludono manifestamente la idea che egli fosse *per vulgare espressa* un pupillar sostituito in secondo grado. Ond'è che la legge 34 §. 1 del titolo delle pandette *de vulgari et pupillari substitutione*, ben lungi di contenere *in termini terminanti* il caso immaginato da' nostri avversarj, è loro di nocumento (1). Quindi è evidente che D. Nicola Folgori, chiamato a

(1) *Ecco la legge cui si tenne ricorso*: Si quis, cum filios duos haberet, Cajum puberem, Lucium impuberem, ita filium (scilicet puberem) substituisset: Si Lucius filius meus impubes decesserit, *neque mihi Cajus filius heres erit*, tunc Sejus heres esto. Nam ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda. *Le parole* neque mihi Cajus filius heres erit *provano la gran differenza tra il caso contenuto in questa legge, e quello che previde il testatore D. Ferdinando; poichè costui non chiamò D. Nicola col mezzo di volgare espressa, cioè se la marchesa, pupillar sostituita, non lo divenisse; ma solo ne' due casi che*

conseguire la eredità del nipote, non dalle mani di costui, ma della pupillar sostituita, ebbe un invito non diretto, ma obbliquo, cioè in via di fedecommesso.

Che la marchesa sia stata dal testatore suo marito negli espressati casi invitata a raccorre la eredità *cum onere fideicommissi*, non può mettersi in dubbio. Il ragionamento del Tribunal Civile, fondato a questo proposito su' più fermi principj del dritto (1), è pur sostenuto dalla decisione che la nostra Suprema Corte di Giustizia nel dì 16 novembre 1820, sul rapporto del defunto Consiglier Santelli, rese nella causa tra D. Antonio Barba, e D. Gaetano Gigliozzi in qualità di curatore destinato a difendere i dritti de' figli minori di D. Ferdinando de Ponte.

La specie del fatto era la seguente. D. Domenico de Ponte nel 1793 fece una donazione al figlio D. Fer-

ella, conseguendo la eredità del pupillo, o morisse, o andasse a nozze ulteriori. Laonde si ha sempre una sostituzione fedecommessaria, non già una sostituzione diretta, cioè una volgare espressa, nella quale la tacita pupillare si rinchiudesse.

(1) *Leggete questa parte della sentenza del Tribunal Civile, stampata a cura de' Pignatelli, nelle pag.* 88, 89 *e* 90.

dinando per contemplazione del matrimonio indi contratto con D.ª Nicoletta Lombardi. Il donante dettò la legge che dopo sua morte il figlio donatario avesse dovuto essere usufruttuario de' beni donati, e che alla morte di costui i suoi figli avessero dovuto essere usufruttuarj e proprietarj; con libertà allo stesso D. Ferdinando di disporre a suo piacimento de' beni, se figli maschi non avesse.

La Corte ebbe per vero che in questa clausola della chiamata de' maschi vi fosse una sostituzione fedecommessaria. » Questa verità (son le parole del » ragionamento) si comprova manifestamente col re» sponso di Scevola nella L. 15 *ff. de auro, ar*» *gento etc. legatis.* Quivi il giureconsulto dice nel » modo, che segue: » *Species auri, et argenti Sejae* » *legavit, et ab ea petiit in haec verba: a te Seja pe*» *to, ut quidquid tibi specialiter in auro argento le*» *gavi, id cum morieris reddas restituas illi, et illi* » *vernis meis: quarum rerum ususfructus, dum vives,* » *tibi sufficiet: Quaesitum est an ususfructus auri, et* » *argenti solus legatario debeatur? Respondit verbis* » *quae proponerentur proprietatem legatam addito one*» *re fideicommissi.*

» Nè altra fu la ragione della teoria di Baldo della » scuola di Bologna, che fu tratta dal seno più puro della

» romana giurisprudenza, cioè, che l'erede scritto nel
» solo usufrutto, e che non abbia coerede, ma che sia
» scritto un altro erede proprietario, dopo la morte
» dell'usufruttario, sempre l'usufruttuario diviene anche
» proprietario, che gode dell'usufrutto causale, e che
» dee restituire in morte la eredità a colui, cui fosse
» lasciata.

» Or nella specie presente non vi è il raziocinio di
» Baldo che per legge ne trasse la sua dottrina di due
» eredi, de' quali il primo fosse stato usufruttuario, ed
» il secondo proprietario dopo la morte di quello. Vi è
» espressamente la chiamata della donazione in persona
» di D. Ferdinando de Ponte, il quale con soggiunta,
» si dice, che dovess'essere usufruttuario, ed in mor-
» te fossero proprietarj i di lui figliuoli maschi. Laon-
» de chiaramente questa specie è compresa nel caso del
» responso di Scevola nella succennata legge *species auri*
» *et argenti* ».

Sotto questo primo rapporto, mentre la massima
de' nostri avversarj divien fatale per essi, uopo è dire
che il sostituito Folgori incontri ne' suoi disegni l'aper-
ta resistenza delle nuove, e delle nuovissime leggi:
delle nuove, perchè il codice abrogato, come sarà
sobriamente provato più innanzi, annienta non solo le
sostituzioni fedecommessarie, ma anche la disposizione

cui van congiunte (1): delle novissime, le quali, comunque conservassero la disposizione a favor dell' erede o del legatario invitato a restituire dopo aver goduto, distruggon però tutte le sostituzioni in ordine progressivo, non esclusa quella del *primo grado* (2). D. Nicola Folgori trovandosi espressamente chiamato in via di fedecommesso, non può sottrarsi all' influenza delle suddette due leggi. Scelga qual più gli attalenti; ma, sopra tutto dopo la morte di Salvatore Folgori di già pubere divenuto, sceglierà sempre a suo danno.

La spiegazione che demmo alla volontà del testatore non è nè forzata, nè irregolare. Egli, dopo aver proibito a D. Nicola Folgori di dar molestie alla marchesa pupillar sostituita, se mai il caso della di lei chiamata per la mancanza o prematura morte de' figli andasse ad avverarsi, minacciò la caducità, ed altri fedecommessarj inviti dispose in questi termini: » E » contravvenendo resti privo (D. Nicola) della mia » eredità, e *sostituisco* a detta mia moglie nel caso pre» detto il figlio primogenito di esso D. Nicola colla » stessa proibizione . . . . . Succedendo D. Nicola » mio fratello ne' casi predetti alla mia eredità, voglio

(1) *Art.* 896 *del cod. abrog.*

(2) *Art.* 942 *e* 943 *legg. civ.*

» che ne sia semplice usufruttuario durante la sua vi-
» ta, e dopo la morte del medesimo succedano, e
» debbano succedere in essa li suoi figli e discendenti
» maschi legittimi e naturali ec. — . . . . . e man-
» cando tutti li figli maschi di detto D. Nicola come
» sopra, succeda e debba succedere a detta mia ere-
» dità l' altro mio fratello D. Carlo e suoi discendenti
» maschi ec. . . . . . . e mancando detti miei fra-
» telli e loro figli e discendenti maschi come sopra,
» succeda e debba. succedere a detta mia eredità ne'
» casi predetti la figlia femmina di esso D. Nicola, o
» la femmina che si troverà esistente da' detti figli discen-
» denti maschi o femmine da esso D. Nicola, volendo
» che debba assumere il mio cognome Folgori ».

Tutte queste disposizioni rischiarano la volontà, altronde non dubbia, del testatore D. Ferdinando in volere che D. Nicola Folgori, o il primogenito della sua linea, come fedecommessariamente sostituito, l' eredità raccogliesse dalle mani della marchesa pupillar sostituita, per quindi trasmetterla a' chiamati progressivi *in perpetuum* con ordine di primogenitura. Ma due altri luoghi dello stesso testamento fan piegare alla verità anche lo scettico lo più ostinato.

Il testatore, stretta che ebbe la vasta catena degl' inviti fedecommessarj, ne assicurò l' effetto ingiungendo

l' obbligo di conservare per restituire ne' seguenti termini:
» A tal effetto ne' casi predetti *proibisco a detto*
» *D. Nicola ed agli altri chiamati in detta primo-*
» *genitura e fedecommesso* l'alienazione e distrazione
» de' detti miei beni per qualunque causa anche privi-
» legiata e permessa dalle leggi, volendo che detta mia
» eredità e beni si conservino nella famiglia in perpe-
» tuo ed in infinito per li chiamati in detta *primoge-*
» *nitura e fedecommesso* . . . . . Parimenti voglio,
» ordino, e comando, che *facendosi il caso* DEL FE-
» DECOMMESSO ORDINATO A BENEFICIO DI DETTO *D.*
» *NICOLA*, E DE' SUOI DISCENDENTI, o di qualunque
» altro da me invitato, ec.

D. Nicola nella mente del testatore non fu dunque un pupillar sostituito, ma chiamato ad esser colonnello del fedecommesso primogeniale a favore della sua linea. La definizione che all'uopo leggesi nel testamento non può correggersi, e perchè la volontà del testatore ripugna, e perchè la legge nol consente. Da una parte, la *espressa* chiamata fedecommessaria di D. Nicola corrisponde al primo di lui invito, avendo voluto il testatore ch'egli raccogliesse la eredità, dopo che la marchesa, vera pupillar sostituita, l'avrebbe avuta, e nel doppio caso ch'ella morisse, o che passasse a seconde nozze — La legge poi non permette che si fac-

cian quistioni di volontà dove le parole, lungi di essere ambigue, son chiare (1). È vero che *nel dubbio*, per regola ricevuta, la sostituzione si ha per *diretta*, non per *fedecommessaria*, perchè questa grava di più l'erede, mentre l'altra più facilmente svanisce (2). Ma questa regola non può valere nella nostra causa, a meno che non volesse sapersene più del testatore, o piacesse torre alle parole il senso che hanno, e che ebbero in ogni tempo.

Il dotto difensore del sostituito asserì alla pub-

---

(1) *L. ille aut ille §. 1 ff. de leg. 3. L. 3 cod. de liber. praeter. Ved. anche la L. 7 §. 2 ff. de supell. leg. Ecco come, e più propriamente, non essendo a' nostri contraddittori gradita la prima interpetrazione che demmo alla volontà del testatore di aver egli disposta una sostituzione* compendiosa, *non si può, stando alla lettera dell' atto, sfuggir l' incontro di una sostituzione fedecommessaria. Ved. Odd. quaest.* 3 *art.* 3 *num.* 12, *Menoch. lib.* 4 *praesumpt.* 54 *num.* 21, *Intrig. de substit. cent.* 3 *quaest.* 21 *num.* 46, *e Fusar. de substit. quaest.* 241 *n.* 61 *e seg.*

(2) *Voet in pand. de vulg. et pupill. num.* 3. *Mantic. de conjectur. ultim. volunt. lib.* 5 *tit.* 1 *num.* 3 *e seg.*

blica udienza, che ora la giurisprudenza, per mantener l'atto, non ha ritegno di far violenza al testo, e così escludere il fedecommesso. Questa dottrina è pericolosa, nè vi ha alcun autore che la insegni, o alcun giudicato che la sostenga (1). Altronde ora per la prima volta ascoltiamo che sia lecito di surrogare la volontà propria de' Magistrati alla volontà del testatore, la quale, quando è chiara, dev' esser rispettata, ed eseguita. E noi per avventura versiamo non nell' esame di una disposizione ambigua, ma evidente. Il marchese D. Ferdinando dichiarò che intendeva chiamar suo fratello D. Nicola in via di *fedecommesso*; e tutto il tenore del suo testamento non rende che questa idea. Come dunque si po-

(1) *Anzi i giudicati francesi sono perfettamente contrarj, poichè la pretesa indulgenza non è valuta che nel dubbio, non quando chiara è la volontà del testatore in aver voluto fedecommettere. Ved. la decis. di rigetto della Corte di Cassaz. di Francia de'* 12 *maggio* 1819 *in Sirey vol.* 20 *part.* 1 *pag.* 79, *e le decis. della Corte di appello di Parigi de'* 30 *agosto* 1820 *ivi vol.* 20 *par.* 2 *pag.* 332, *e della Corte di appello di Riom de'* 6 *aprile* 1821 *ivi vol.* 22 *par.* 2 *pag.* 341. *Questo è lo stato della* recentissima, *non dell' antica tempestosa giurisprudenza* !

trebbe denaturare la di lui volontà, e dir l'opposto di ciò che il testatore volle ed espresse, mentre è regola fermissima, che *non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem* (1)?

Ma la risposta più energica noi vogliamo darla, ricorrendo al sistema di giudicare della stessa 1.ª Camera della G. C. Civile, che ora risolver deve co' suoi lumi squisiti la disputa insorta. Nel 23 gennaio 1822, provvedendosi su l'appello de' coniugi D. Francesco Federici, e D. Costanza Quinante, non che della vedova D. Petronilla Quinante, si elevò la seguente quistione: *Nel testamento di D. Vito-Saverio Quinante degli* 8 *dicembre* 1808, *evvi sostituzione, o legato* ex die *a favore di D. Canio Giuseppe Quinante?* Ecco come la Gran Corte si espresse:

» Considerando che dal contesto del testamento
» di D. Vito-Saverio Quinante, presentato in giudizio
» dall' appellato D. Canio Giuseppe Quinante, ed in-
» serito nell' appellata sentenza, chiaramente rilevasi,
» che siensi nell' istesso atto, e dal testatore medesi-

(1) *L.* 69 *pr. ff. de leg.* 3. *Vedete Gotofr. su di questa legge, e la legge* 7 *cod. de fideicomm. La regola non vacilla che quando il testatore prenda un innocente sbaglio non sul corpo, ma sul nome della cosa legata, Ved. la L.* 4 *pr. ff. de leg.* 1.

» mo fatte due disposizioni successive a favore di di-
» verse persone, la prima a profitto del di lui fra-
» tello D. Dionisio, la seconda, ed a morte di co-
» stui, a profitto di D. Canio-Giuseppe, e che questa
» disposizione ha avuto per oggetto la trasmissione
» successiva di tutta la eredità di detto D. Vito-Saverio.

» Considerando che a termini dello stesso testa-
» mento, D. Dionisio primo erede istituito dovea en-
» trare nel reale possesso, e godimento della univer-
» salità de' beni del testatore, e che alla di lui morte
» succeder dovea negli stessi beni D. Canio-Giuseppe,
» il che non potea verificarsi, se il primo erede isti-
» tuito non avesse avuto l'obbligo di conservare, ed
» il peso di restituire al secondo erede, chiamato a
» raccogliere i beni medesimi. Or per tutto ove vi è
» disposizione successiva dello stesso testatore, a fa-
» vore di più persone, della stessa cosa, e dello stesso
» oggetto, ed ove trovasi obbligazione di conservare,
» e peso di restituire, ivi esiste sostituzione.

» Considerando che le parole imperative usate dal
» testatore nella chiamata di D. Canio-Giuseppe non
» possono trasformare in legato ciò che a' termini del
» testamento era una seconda instituzione, avvegna-
» chè dopo la L. 2. *C. comm. de legat.* ed il §. 3
» *instit. de singul. reb. per fideicom. relict.* la qualità

» precativa o imperativa delle espressioni nulla influi-
» scono alla sostanza delle sostituzioni, purchè costas-
» se, come nel caso, della volontà del defunto *espres-*
» *sa in modo da far conoscere, ch'egl'intendeva for-*
» *mare un fedecommesso.*

» Considerando che cessar deve ogni dubbio sulla
» interpetrazione della volontà di D. Vito-Saverio Qui-
» nante, diretta a stabilire una sostituzione a favore
» di suo nipote D. Canio-Giuseppe, tostochè si pon
» mente al XX articolo del testamento in contesa,
» nel quale disponendo il testatore il modo de' suoi
» funerali, ne incaricò il peso al detto suo nipote, che
» espressamente chiama *erede sostituito* alla morte di
» D. Dionisio.

» *Ei sarebbe assurdo, che nell' interpetrare la*
» *volontà del defunto, il Magistrato ne volesse più*
» *di quel che ne ha voluto il testatore* (1).

» Considerando che se non cade dubbio sulla esi-
» stenza della sostituzione nel controverso testamento,
» non essendo essa volgare, nè potendo esser esem-
» plare, poichè questa non era permessa, che a' geni-
» tori, non mai a' collaterali, giusta la L. 23 *ff. de*

(1) *Massima pregevolissima, e che immensa-*
mente onora i Giudici che la ravvivarono!

» *vulg.* e la L. 9 *C. de impub. et aliis substit.*, ne se-
» gue che non possa definirsi altrimenti che per sosti-
» tuzione fedecommessaria.

» Considerando che non legalmente i primi Giu-
» dici hanno caratterizzata la disposizione a favore di
» D. Canio Giuseppe per un legato *ex die* contro la
» definizione del legato, data tanto dal giureconsulto
» nella L. 116 *ff. de legat.* 1., quanto dall'Impera-
» dore nel §. 1 *instit. de legat.* Che se legato voleva
» il Tribunal Civile chiamare la menzionata disposizio-
» ne, non altrimenti che per legato universale dovea
» definirla, perchè non ha oggetto particolare, nè una
» quota del suo patrimonio, ma l'universalità de' suoi
» beni lasciava il testatore al di lui nipote D. Canio
» Giuseppe, ed il legato universale non è altro che
» instituzione di erede, la quale, nel caso in cui versia-
» mo, *essendo una instituzione in secondo grado*, *pren-*
» *de il nome di sostituzione* (1).

» Considerando che tanto all' epoca della fazion

(1) *Ecco un altro principio che dà alla radice della fallace argomentazione de' nostri avversarj, nel volere che la pretesa instituzione di D. Nicola Folgori in secondo grado non debba aversi per sostituzione.*

» del testamento, quanto a quella della morte del te-
» statore, che avvenne a' 10 dicembre 1808, le sosti-
» tuzioni erano vietate dalla nota legge de' 15 marzo
» 1807.

» Considerando in fine, che l' eccezioni dell' ap-
» pellato non essendo fondate nè nel diritto, nè nel
» fatto, non vi è ragione alcuna pel compenso delle
» spese giudiziarie.

» Per tali ragioni ec.

Questa elaborata decisione, la quale è interessantissima per la sua affinità colla specie in cui versiamo, fu per gli stessi mezzi confermata in grado di opposizione nel dì 21 marzo 1822, intervenendo i signori *Migliorini*, *Pepe*, *Tavani*, *Abrusci*, *Puoti*, e *de Stefano* Procurator Generale.

Il Tribunal Civile giudicando cogli stessi principj, portò la sua esattezza fino ad osservare che a nulla montava l' essersi verificato il caso della pupillare tacita, e non del fedecommesso, e ciò in tempo che la viziosità della sostituzione pupillare non oltrepassa i limiti della sostituzione istessa. Da una parte, si disse, la nullità debb' esser disaminata colle leggi del tempo in cui il testatore lasciò la vita » nè quella disposizione che allora come
» infetta, o dipendente da fedecommesso, si trovò in
» opposizione colla legge, che la pose nel nulla, ha

» potuto in appresso riprendere il suo vigore (1). In
» secondo luogo lo addotto argomento potrebbe aver
» qualche aspetto di verisimiglianza, se ambedue le
» sostituzioni si trovassero egualmente espresse, co-
» munque riunite, e commiste tra loro; ma se la sola
» espressa è la fedecommessaria, e se questa, come
» proibita dalla legge imperante così al tempo della
» morte del testatore, che di quella del pupillo fu
» nulla, e seguitò ad esser nulla, non può dirsi al
» certo che ne risulti valida e scevra di nullità la pu-
» pillare . . . . . la quale va a connettersi con un
» fedecommesso primogeniale, che abbraccia molte
» linee, e molte chiamate, e si estende *in infinitum*
» fino all' ultimo rampollo della famiglia Folgori (2).

In conseguenza, tanto se si stia alla chiara volontà del marchese D. Ferdinando, spiegata in più luoghi del suo testamento, quanto se si valutino i principj legali che obbligano a dare una giusta e non forzata interpetrazione agli atti della stessa indole, splen-

(1) *Molto più quando, ad istanza del possessor gravato, il Giudice ha già pronunziata la nullità di cui si contende.*

(2) *Pag.* 89, 90, 91 *e* 92 *della sentenza del Trib. Civ., impressa a cura de' Pignatelli.*

de la verità che D. Nicola Folgori non può giovarsi di una espressa sostituzione pupillare in secondo grado. Unica e vera pupillar sostituita fu la madre del pupillo. D. Nicola venne a costei fedecommessariamente sostituito; e quindi sol per la tacita volgare può anche giovarsi di tacita pupillare. Laonde la chiamata espressa essendo fedecommessaria, com' è vano pensiero lo evitar l'urto delle leggi del 1810, così pure a pieno torto s' invocano quelle che or sono in vigore.

SEZIONE II.

La sostituzione pupillare fu nullamente ordinata in riguardo a D. Salvatore Folgori, non soggetto alla patria potestà in tempo del fatto testamento — Il diritto romano non permetteva di sostituire a' postumi non concepiti.

Il Pubblico Ministero presso il Tribunal Civile, intorno a questo articolo stimò meglio attenersi al sentimento non degli eruditi, ma di coloro che pretesero esser valida la sostituzione pupillare ordinata per una persona che molti anni dopo del paterno testamento nascesse. I primi Giudici non interloquirono su tal quistione, per

limitare le loro cure a quelle che più da vicino appalesavano il torto del sostituito (1). Ma noi non possiamo usare della stessa economia. E quindi, riproducendo le ragioni di cui altra volta ci valemmo per sostegno della *dottrina del doppio tempo* di sommissione alla patria potestà non *potenziale*, ma *effettiva*, sobriamente anche confuteremo gli argomenti addotti in contrario.

Quando il marchese D. Ferdinando Folgori scrisse il suo testamento, non avea prole, ma la moglie era incinta. Egli nominò erede universale il ventre pregnante, e *figlio da esso nascituro*. Indi previde il caso che più figli successivamente avesse, ed in tale ipotesi volle che il maschio primogenito fosse l' erede universale, i secondogeniti contemplando nel solo li-

(1) *Alla pubblica udienza il principal difensore del sostituito ha detto che questa e le altre quistioni non discusse di proposito, siansi* disprezzate *dal Tribunal Civile. Ciò non è vero. Si legga il principio della sentenza impugnata, e si vedrà che i primi Giudici credettero convenire alla dignità del Magistrato di provar il torto del sostituito colle ragioni più forti, senza diffondersi nell' esame di quistioni credute superflue — E ciò significa che furon prese a disprezzo?*

vello. Finalmente mettendo anche a calcolo le incertezze dell' avvenire, figurò il testatore che figli non avesse, o che avendone, in età pupillare *ab intestato* morissero: in questi casi sostituì la marchesa di lui moglie nel modo dianzi espresso.

Il figlio che nacque dal ventre pregnante morì in tenera età. Indi dopo due altri figli che pur premorirono, fu messo in luce D. Salvatore Folgori della di cui successione si contende. — Stando così le cose, è evidente che la ordinata sostituzion pupillare non può reggere in rapporto a colui che non esisteva in tempo del testamento.

La esistenza del figlio cui si vuol dare un sostituito, è indispensabile nel doppio tempo del fatto testamento, e della morte del sostituente. La sostituzione pupillare è l' effetto della patria potestà; e perchè valga, è necessario che il figlio impubere sia nella potestà del padre in due tempi, allorchè testa per lui, e quando muore.

Vi ha per sostegno di questa favorita dottrina un' altra ragione di non lieve peso. Il padre che scrive una sostituzion pupillare, fa il testamento pel figlio, e nomina l' erede che dovrà prender la di lui eredità ove fosse da immatura morte colto. Or, perchè il padre supplir potesse la incapacità del figliuolo, e parlare per

lui, è necessario che questi esista, non già che trovisi nella vasta catena de' *possibili contingenti*. Il mandato si concepisce ed è valido quando sono in vita il mandante ed il mandatario; spira colla morte dell' uno, o dell' altro; e sarebbe improprio se da principio talun si qualificasse procuratore di una persona che potrà esistere. — E nella sostituzione pupillare non è che un mandato presunto dalla legge quello che sostiene il testamento del figliuolo fattogli dal padre.

Noi conveniamo che ai postumi concepiti all' epoca del paterno testamento possa pupillarmente sostituirsi: che anzi crediamo di doversi con questa limitazione intendere le diverse leggi che ci vennero opposte da' nostri avversarj (1), e le autorità che procurarono di riunire a discredito della dottrina del doppio tempo (2). E la ragione è chiara. *Qui in utero est*, dice la legge, *perinde ac si in rebus humanis esset*, *custoditur*, *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* (3). La sostituzione pupillare tutto che, come altrove osservammo, fosse di gravame al pupillo, non

(1) *L.* 2 *ff. de vulg.* §. 4 *instit. eod.*

(2) *Vedete le pag.* 30 *e seg. dell' allegazione pel sostituito Folgori in prima istanza.*

(3) *L.* 7 *ff. de statu hom.*

però i romani credevano di essere onorifico il morire con un erede testamentario (1). Quindi era giusto che tal sostituzione valer potesse pel figliuolo sperato, ossia ancora *in utero*, riputandolo già nato e sommesso alla potestà paterna. In questo caso la dottrina del doppio tempo non era oltraggiata. Ecco perchè Ulpiano nella L. 2 *ff. de vulgari et pupillari substitutione*, e Giustiniano nelle instituzioni, non che i più severi sostenitori dell'allegata dottrina, parlano positivamente della sostituzione a' postumi.

Ma lo stesso stabilimento impropriamente si cerca estenderlo a' postumi non concepiti, pe' quali non può reggere la suddetta finzion delle leggi, non potendo dirsi *in rerum natura*, o *in rebus humanis* (2) un ente immaginario, e solo possibile.

I nostri avversarj asserirono che gl' interpetri del dritto romano, sul fondamento delle ridette leggi permissive della sostituzione a' postumi, gli aveano senza alcuna distinzione trovati tutti capaci della pupillare: ed a questo proposito essi citarono Goveano,

---

(1) *L. 6 ff. de interr. in jure fac.*

(2) *Sono le frasi delle leggi 7 e 26 ff. de statu hominum.*

Pothier, Voet, Donello, e Vinnio (1). Ma questa proposizione non è vera.

Tutta la scuola degli eruditi, sul fondamento della legge *coheredi* §. *cum filiae ff. de vulg.*, ha sostenuto che il figlio, cui si dia un pupillar sostituito, debba essere in potestà, e quando si sostituisce, e quando il sostituente muore. Voet insegna: *Evanescit pupillaris substitutio variis modis, puta si impubes tempore mortis patris substituentis desierit in potestate ejus esse, sive morte, sive maxima, vel media, vel minima capitis diminutione, aliove modo exierit de potestate; cum ad validitatem hujus substitutionis, secundum ante dicta opus fuerit ut* utroque tempore TUM FACTI TESTAMENTI TUM MORTIS *juri ac potestati substituentis subjectus sit. L. moribus 2 pr. L. coheredi 41 §. cum filiae 2 ff. hoc. tit.* (2). Così pure Duareno (3) ed altri chiarissimi interpetri (4), non esclu-

(1) *V. le pag.* 32 *e seg. dell' allegazione per D. Nicola Folgori scritta in prima istanza.*

(2) *Voet in tit. ff. de vulg. et pupill. substit. n.* 23.

(3) *Commentar. in tit. ff. de vulg. cap. V e XIV.*

(4) *V. il tratt. di Tommaso Papillon de direct. hered. substit., inserito nel Tesoro di Everardo Ottone tom.* 4, 2 *ediz. Trajecti ad Rhenum pag.* 722.

so il Vinnio, il quale confutò di proposito gli argomenti della contraria sentenza (1). Ma il Donello ha superato tutti per la chiarezza con cui si espresse: *Dicitur enim* (son sue parole) *parentes testamentum facere posse, seu substituere in secundum casum posse liberis impuberibus, quos in potestate habent, QUOS HABENT, INQUAM, VERBIS IN TEMPUS PRAESENS SUBSTITUTIONIS COLLATIS, NON AUTEM QUOS HABEBUNT. Sic sunt verba juris in L. 2 de vulg. instit. de pupill. in pr. Et certe si quo tempore exigitur, ut sit potestas instituendi heredem substituendique; exigitur quidem eo tempore, quo testator moritur, ut effectum habeat institutio, sed exigitur praeterea tempore testamenti facti, ut institutio constiterit ab initio. L. Si alienum §. 1 ff. de hered. instit. §. in extraneis instit. de hered. qualit.* (2).

A schivar l'urto di questa ricevuta sentenza, la quale torrebbe di mezzo le tavole pupillari cui D. Nicola Folgori tenne ricorso, si è fatta subito da' nostri contraddittori una ingegnosa scoperta. Essi dissero che la rigorosa dottrina del doppio tempo, lungi di essersi imma-

(1) *Vin. commentar. in tit. instit. de pupill. substit. §. 1 n. 3.*

(2) *Donell. 6 comm. 25.*

ginata per escludere la sostituzione de' postumi non concepiti al tempo del fatto testamento, sia relativa all'estraneo impubere che di aliena famiglia al tempo del testamento, fosse stato di poi adottato dal testatore; ed all'uopo si è citata la *L.* 2 *ff. de vulg.* alla fine del suo principio — In ciò due risposte.

Primieramente, la distinzione fra impubere discendente, o di aliena famiglia, è frivola. In riguardo alla pupillare non vi è altra distinzione che fra erede *suo*, ed *estraneo*. — *Suo* è il discendente in potestà: il figlio emancipato chiamasi *erede estraneo*, non *suo*. Se un padre non può sostituire ad un figlio emancipato che pur gli è figlio, ed è un essere esistente, appunto perchè non vi ha potestà; come potrà mai sostituire ad un figliuolo che non esiste, e pel quale la patria potestà, *tempore quo fit substitutio*, è inconcepibile?

Ma il figlio non concepito (dicesi), che al tempo della sostituzione, per la speranza del concepimento vien riguardato dal padre come suo erede, è *potenzialmente* ed in certo modo in di lui potestà (1) — Noi non sappiamo se i nostri avversarj vollero prender diletto nelle cose di spirito, o se pure pensarono positi-

(1) *Questa dottrina leggesi nella pag.* 36 *dell' allegazione pel sostituito Folgori in prima istanza.*

vamente quello che scrissero. Vero è però che questo genere mostruoso di patria potestà, cioè la patria potestà possibile, da quanti giureconsulti son fioriti dalla ristaurata giurisprudenza, non è stata ancora scoperta. Tanto è vero che la sostituzion pupillare suppone *la potestà attuale*, che si può sostituire a' nipoti dal figlio in potestà, non dal figlio emancipato; e quelli, nel caso solo che non ricaggiano in potestà del padre.

E poi, che di un modo *potenziale* voglia dirsi sottoposto alla patria potestà un postumo vero, onde il padre dar possagli un sostituito pupillare, alla buon' ora. Ciò discende dalla finzion legale di sovra espressa. Ma che la *speranza del concepimento* possa esser base di due finzioni, cioè 1. di un ente concepito, mentre naturalmente non lo è; e 2. di un ente già nato, mentre non è ancora *in rebus humanis*, ci pare un prodigio. La esistenza tocca i confini del probabile pel postumo vero, ossia pel postumo concepito. Ma per quello che non sta ancora nell'utero materno, la supposta esistenza e *potenzial* sommissione alla potestà del sostituente, son cose impossibili.

Altronde la parte ultima del principio della L. 2 *ff. de vulgari*, che i nostri contraddittori citarono, non è quella su la quale la scuola degli eruditi eresse non la *severa*, ma la giustissima dottrina del doppio tempo.

La parte allegata per sostegno del sostituito, è questa: *Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere; si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel adrogaverit, filio praecedente* (1). Ma Ulpiano con queste parole soltanto insegna che, per sostituire ad un impubere estraneo, bisogna averlo prima adottato, o arrogato; e con ragione, altrimenti in morte del testatore si troverebbe di non essere stato giammai in sua potestà per poter ricevere un pupillar sostituito.

Pel contrario, le parole della stessa legge prese per fondamento della dottrina del doppio tempo, son le seguenti: *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, foeminae ad duodecim, quod sic erit accipiendum,* SI SINT IN POTESTATE. Questo è il principio della legge, e senza dubbio decide. Indi segue il divieto di sostituire agli emancipati; la permissione di sostituire a' postumi, ed a' nipoti; ed in fine si parla della sostituzione agl'impuberi estranei. Laonde la disposizione per costoro nulla ha di comune con quella che inchiude la dottrina del doppio tempo: anzi non la esclude nè tampoco per essi, perchè non disse già il giureconsul-

(1) *L. 2 ff. de vulg. in fin. principii.*

to che il sostituente potesse prima sostituire ad un impubere fuori della famiglia, e che per la validità della sostituzione bastasse di adottarlo od arrogarlo dopo del testamento e pria della morte: ciò che molto più incalza gli avversarj, e gli uccide colle loro armi. All' uopo il Vinnio: *Ex hoc loco Accurs. et Bartol. probari putant satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantum in potestate reperiatur is, cui substitutio facta est. Mihi vero contrarium hoc ipso loco non obscure significare Ulpianus videtur, nempe* prius *oportere extraneum nepotis loco adoptari, quam substitutio fiat; ait enim*, poterit ei substituere, si eum in locum nepotis adoptaverit . . . . *Cum igitur hic quaeratur de eo qui extraneus sit, non tempore substitutionis, sed institutionis, tantum abest, ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quae tam aperte et verbis et menti jurisconsulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa, quae ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quam meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit* (1).

(1) *Vinn. in pr. instit. de pupill. substit. n.* 4.

I nostri eruditi contraddittori si sono sforzati di eludere la dottrina del doppio tempo col ricorrere anche alla storia. Essi han rammentata la famosa sostituzion pupillare fatta da Marco Coponio al figliuolo nella persona di Mario Curio, la quale vuolsi caduta sopra un postumo non concepito: *si filius natus esset in decem mensibus, isque mortuus prius, quam in suam tutelam venisset* (1): » I dieci mesi, dicesi, cominciavano » dalla morte di Coponio; e sarebbero stati soverchi, se » nel tempo del suo testamento il postumo fosse stato » concepito ».

Questa storica bellezza però, non solo non giova; ma nuocendo, tradisce le speranze de' suoi indagatori. — Non giova, perchè la causa agitata nel giudizio centumvirale, in cui Crasso colla sua eloquenza vinse il giureconsulto Scevola, aggirossi al caso che uno era stato sostituito pupillarmente, ed il pupillo non nacque. — Di testa loro gli avversarj ne cavano che costui non era neppur concepito, quasi tutti i feti debbano di necessità venire in luce: ma ivi non si disputò punto della validità della sostituzione pupillare, la quale era tanto invalida, che si conveniva di non esistere, non essendo nato il pupillo; ed ognun sa

(1) *Cicer. Topic. cap. X Juxt. Olivet.*

che la pupillare è : *si filius heres erit* , e poi muoia (1). — Nuoce all' incontro il prodotto esempio , perchè Crasso non sosteneva la pupillare espressa non verificata , ma la volgare tacita , ben diversa dalla pupillare , e non offesa dalla inesistenza del primo erede : ed il di lui argomento era che se il testatore avea voluto finanche gravar il figlio di una sostituzione a pro di Marco Curio , molto più giudicar si dovea avergli voluto deferire la propria eredità se il figlio non fosse stato erede. L' argomento dunque fu dal gravame al favore , quasi più fosse gravare il pupillo , che dare i soli proprj beni nella inesistenza di esso. E quindi si conveniva che la sostituzion pupillare non era un bene , ma un peso del pupillo !

Il Pubblico Ministero presso il Tribunal Civile nelle sue dotte conclusioni , non potè negare che tutti gl' interpetri riprovarono la opinione di Bartolo intorno alla facoltà di sostituire a' postumi (2). Ma sedotto dalla L. 3 *ff. de liberis et posthumis* , credette che, come era permesso d' instituire senza alcuna limitazione *i postumi suoi*, così pur si potesse sostituire a quelli che d' altra famiglia non fossero.

---

(1) *Pr. inst. de pupill. substit.*

(2) *Pag.* 13 *e* 14 *delle conclus. del P. M. presso il Tribunal Civile, stampate a cura de' Pignatelli.*

La legge è questa: *Placet omnem masculum posse posthumum heredem scribere, sive jam maritus sit, sive nondum uxorem duxerit: nam et maritus repudiare uxorem potest, et qui non duxit uxorem, postea maritus effici. Nam et cum maritus posthumum heredem scribit, non utique is solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea quam habet uxorem, natus est, vel is, qui tunc in utero est, verum is quoque qui ex quacumque uxore nascatur.* Com' è evidente, Ulpiano in questa legge altro non dice, se non che i postumi, anche sperati da un matrimonio possibile e futuro, possono essere instituiti eredi: non aggiugne però che ai postumi non concepiti possa darsi un pupillar sostituito; nè si può presumere che l' intendesse, poichè restrittivamente parla d' istituzione di erede: e la legge è registrata sotto un titolo corrispondente, avendo per epigrafe: *de liberis et posthumis heredibus instituendis, vel exheredandis.*

Distinguasi dunque la *passiva* dall' *attiva* fazion del testare. La passiva, cioè la facoltà di ricevere, è ammessa ne' postumi *suoi* anche i più remoti (1), ad

(1) *V. la L.* 3 *de bon. possess. sec. tab. ed il* §. 4 *delle instit. de hered. qualit. et differ. Ulpian.* 22 §. 15, 18, 19, 21. *Paul.* 3 *sentent.* 4 §. 21, 23.

evitare che in qualunque tempo nascendo rompessero il testamento (1). Nella instituzione di un postumo, non è costui che parla, ma il padre che lo instituisce. Al contrario nella sostituzion pupillare l' erede, se è dal padre nominato al pupillo, egli però testa e parla a nome del suo figliuolo. Dunque è indispensabile la esistenza di costui, come è pur di rigore che sia sottoposto alla potestà del sostituente.

La dottrina del doppio tempo restando illesa in mezzo alle contraddizioni, tronca nella nostra causa fin la radice del disputare. Salvatore Folgori, lungi di esser concepito in tempo che suo padre scrisse la sostituzion pupillare, nacque quattro anni dopo. Dunque tal sostituzione è nulla per lui, perchè manca la sommissione alla patria potestà effettiva ne' due tempi del fatto testamento, e della morte del sostituente. E quindi D. Nicola Folgori non può trar vantaggio da una pupillare che è nulla nel suo principio.

(1) *L.* 11 *cod. de collat.*

SEZIONE III.

La sostituzion pupillare è viziata da' fedecommessi aggiunti.

Quando anche tal sostituzione per gli esposti principj della romana giurisprudenza non fosse nulla, e D. Nicola Folgori fosse stato sostituito al nipote per pupillare espressa, attesa la mistura de' fedecommessi, non potrebb' ella salvarsi dall' urto delle leggi sopraggiunte nel 1810.

Che tal sostituzione sia dalla mistura de' fedecommessi aggiunti viziata, lo dimostrammo *per fatto* nello sviluppo della prima sezione di questa terza parte. Ora è nostro dovere di determinarne l' applicazione in diritto.

§. I.

L' articolo 896 *del codice civile francese annulla tanto la sostituzione aggiunta, che la disposizione.*

Questo articolo è così scritto: *Ogni disposizione colla quale il donatario, l' erede instituito, o il legatario sarà incaricato di conservare e di restituire*

ad un terzo sarà nulla ANCHE IN RIGUARDO AL DONATARIO, ALL'EREDE INSTITUITO, O AL LEGATARIO — La chiarezza di questo articolo non ammette comenti; ma pure è piaciuto tormentarlo con tanta licenza, che si è corretta la severità di cui volle il Legislatore avvedutamente far uso per assicurare il divieto delle sostituzioni fedecommessarie. Questo arbitrio ha due peccati; il primo, di essersi manomessa la legge che bisogna ciecamente ubbidire, indulgente o dura che essa sia (1), perchè ha sempre per essa la presunzione della saviezza (2); il secondo, che dopo circa venti anni di costante giurisprudenza si viene a rimettere in quistione ciò che per indole sua non lo è: ed in tal modo si è perduto di vista il precetto del giureconsulto Paolo, il quale, mentre non vuol alterate le verità stabilite da ricevuta interpetrazione (3), apertamente censura la condotta di coloro che, senza violentare la lettera, con-

(1) *L.* 12 §. 1 *ff. qui et a quib. manumiss. L.* 21 *ff. de legib.*

(2) *Duperrier quest. not. liv.* 3 *quest.* 113 — *Grenier, traité des donat. vol.* 2 *pag.* 138. *Paris* 1812.

(3) *Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt*, *L.* 23 *ff. de leg. Ved. anche la L.* 33 *ivi.*

vellono la sentenza della legge: *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit* (1).

Or quando l'articolo 896 si legge come giace, divengon sensibili le tre parti di cui è composto, cioè 1. la definizione della sostituzione fedecommessaria; 2. la nullità di questo gravame; 3. la nullità della disposizione cui la sostituzione fu aggiunta (2). Quest' ultima parte sorge luminosa dalle parole finali dell' articolo « *Anche in riguardo al donatario, all' erede instituito o al legatario* ». La particella ANCHE, che in latino dicesi *etiam*, rimuove ogn' incertezza su la volontà del Legislatore in render comune all' erede, al donatario, o al legatario gravato la stessa sanzione stabilita per annientar la chiamata in favore del. terzo. Di ciò ci son pure di nobilissima guida due leggi romane. *Si compensandi debiti gratia*, dice la prima (3), *uxor maritum fecit heredem: desiderio tuo praeter portionem hereditatis debitum* (*quoque*) *restitui postulantis*, *non*

---

(1) *L.* 29 *ff. de leg.*

(2) *V. Grenier*, *traité des donat. et des testam. tom.* 1 *pag.* 104 *e seg.*

(3) *L.* 6 *cod. de hered. instit.*

tantum juris severitas, *verum* ETIAM *defunctae voluntas refragatur* — *Extraneum*, avverte l' altra legge (1), ETIAM *cum* (*quis*) *moreretur*, *heredem scribi* (*sibi*) *placuit* — In questi ed in altri luoghi dell' antica legislazione, che per brevità si tralasciano, la particella ANCHE fa l' uffizio che additammo; e sarebbe strano se solo nel caso dell' articolo 896 tutta la sua forza perdesse.

I nostri contraddittori, non potendo vincer queste ragioni con argomenti diretti, han procurato screditar la legge dimostrandone la incoerenza. Noi potremmo lor dare una energica risposta traendola da due precetti di Giuliano, e Nerazio: *Non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (2): *et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur* (3). Oltre di che il novello Legislatore, per alti motivi di pubblica utilità interdicendo i vincoli fedecommessarj, poteva deviar un poco dalle regole di positiva giustizia per assicurar l' osservanza del suo divieto, ed abbattere tutti gli artifizj che s' immaginas-

(1) *L.* 9 *cod. de hered. instit.*
(2) *L.* 20 *ff. de legib.*
(3) *L.* 21 *ff. eod.*

sero per eluderlo. Il giureconsulto Paolo in caso più forte avverte: *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis*, propter aliquam utilitatem, *auctoritate constituentium introductum est* (1). Che anzi per vedute legislative si può anche detrarre dal diritto naturale: *Jus civile est*, insegna Ulpiano (2), *quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, idest civile efficimus.*

Ma (soggiungono gli avversarj) la massima *utile per inutile non vitiatur* impedisce che all'articolo 896 si attribuisca la dura sentenza che vorrebbe dargli si per annullare anche la disposizione. . . . Questa obbiezione ha però lo stesso demerito delle altre. L'addotta massima non è di dritto naturale, come si è creduto, ma di dritto positivo; e quindi va soggetta all'eccezioni al pari di ogni altra regola. Del rimanente i dottori insegnarono che essa non ha luogo quando la disposizione si scinde; e quando la legge annulla l'atto, *nisi inducatur nullitas actus ex decreto irritanti legis vel superio-*

---

(1) *L.* 16 *ff. de legib. Ved. Gotof. su di questa legge not.* 51.

(2) *L.* 6 *ff. de just. et jure.*

ris (1); e secondo il nostro Afflitto (2), *quando lex resistit actui, ne fiat, quia si fiat ultra modum et contra legem, non valet etiam in eo in quo permittitur* (3). È vero che nel legato, per esempio, di 1000 a colui che non può ricevere oltre i 100, il legato si sostiene per questa minor somma. Ma ciò non può estendersi in modo che nel meno si contenga il più, e fare che chi può solo ricever cento possa prender mille. — Nella specie il testatore non sostituì D. Nicola Folgori nella piena proprietà; e se la prendesse, l'avrebbe in dispregio della volontà del sostituente. Laonde lo stesso inconveniente vi ha in ricevere senza obbligo di restituzione contra la volontà, che di non ricevere. Ciò dinota che le umane cose sogliono aver due facce, o come Epitteto diceva, *duas ansas*; e che, siccome non è ingiusta la legge positiva attuale che dà la proprietà libera, non data dal defunto, così neppur lo era l'articolo 896 del codice civile, che toglieva anche l'usufrutto, affinchè il divieto de' vincoli fedecommessarj più scrupolosamente si rispettasse.

Nè vale il dire che, prendendosi l'articolo 896

(1) *Tusch. tom.* 8 *conclus.* 373 *n.* 1 *e* 6.
(2) *Decis.* 107.
(3) *Tusch. ivi n.* 55.

nel senso che offre la sua natural giacitura, si autorizzerebbe una manifesta ingiustizia, poichè la legge punirebbe il disponente che la trasgredisce sull' innocente a cui la disposizione è diretta. — *L' innocente punito*, non era che un gratificato. Tra il perdere ed il non acquistare vi ha grandissima differenza. Altronde se anche si perdesse, convien riflettere che gli uomini in società son in obbligo di far de' sacrifizj per la conservazione dell' utile generale. Nè quando il Legislatore definito avesse per bene pubblico quello che in sostanza non fosse che un male, potrebbe il giureconsulto arbitrarsi di censurarlo.

Per insidiare in tutt' i modi la non oscura sentenza dell' articolo 896, e renderla meno dura, si è voluto pur dire, che se regger dovesse come sta scritta, ne andrebbe anche alterato l' ordine del successorio editto, poichè se il figliuolo o fratello gravato fosse il legittimo erede del disponente, i beni per torsi a lui dovrebbero darsi ad altri (1). Ma questo ragionamento non è esatto. Il Legislatore, nel caso di disposizioni gravate di fedecommessi, ha voluto che si annientassero le prime ed i secondi, nulla di più. In conseguenza

(1) *Pag.* 50 *e* 51 *dell' allegazione scritta pel sostituito Folgori in prima istanza.*

i beni che formavano oggetto della disposizione vietata, andranno a coloro cui spettan per legge. Fingete, per esempio, che Tizio instituisca erede Mevio, e gli ordini di dare il fondo Tusculano a Gajo, al quale ingiunga l'obbligo di restituirlo dopo sua morte a Sejo. Qual sarà in tal caso la disposizione vietata, a senso dell' articolo 896? Certamente il legato fatto a Gajo coll'obbligo di conservare per restituire a Sejo. Dunque annullandosi questo legato tanto nell'interesse del legatario, che del chiamato con ordine successivo, resteranno i beni nella massa dalla quale doveano distaccarsi; e saranno nell'*universum jus* dell'erede Mevio, come se il legato non si fosse dal testatore disposto.

Ma cosa avverrà, dicono gli avversarj, se l'erede gravato sia il più prossimo congiunto del testatore, cioè il suo legittimo erede? Nella eredità, annullandosi anche la instituzione, dovrà succedere il congiunto di più rimoto grado? . . . . Oibò! La legge colpisce la disposizione, non le persone. Laonde ciò che nell' esposto caso il gravato non potrà prender come erede testamentario, lo raccoglierà come legittimo erede.

Corona la dimostrazione un argomento che deriva non da *dottrinale*, ma *autentica* interpetrazione, per cui è pregevolissimo. I nostri contraddittori ostinatamente pretendono che non sia mai stato nella volontà

del Legislatore di sanzionare nell' articolo 896 la massima comunemente accolta. E bene; la stessa autorità legislativa in Francia, chiamata a spiegare il vero senso di tale articolo per giudicare del valore di un legato fatto dalla signora *Peronne Mulot* in favore di una figlia naturale, dopo un precedente legato in favore dell' ospizio di Bois-commun, con decreto de' 31 ottobre 1813 (1) diede all' articolo medesimo il senso ovvio che vi trovan tutti — Se ne vuol di più?

§. II.

Dottrine uniformi de' giureconsulti francesi.

È questo un altro non oscuro mezzo che visa allo stesso scopo, cioè a chiarire la intelligenza dell' articolo 896 del codice abrogato.

Tutt' i giureconsulti più in credito della Francia, fra' quali coloro che concorsero alla formazione del codice civile, assicurano che la volontà del Legislatore ebbe positivamente in voto di annullare tanto la instituzione

(1) *Può leggersi in Sirey anno* 1813 *vol.* 13 *part.* 2 *pag.* 321 *e* 322.

che il fedecommesso aggiunto. *Maleville* che fu uno de' Consiglieri di Stato (1); *Grenier* che anche concorse alla formazione del codice come membro del Tribunato (2); *Merlin* che ha per lungo tempo esercitata la carica di Proccurator Generale della Corte di Cassazione (3); *Bousquet* (4); *Toullier* (5), e quanti altri furono comentatori od illustri interpetri delle novelle leggi, tutti convennero nella stessa idea, e testificarono la verità medesima. Non è dunque una temerità il dar di falso ad una dottrina che oltre di esser chiara ed autorevole pel testo della legge, è anche pregevolissima per l'appoggio che trova ne' giureconsulti più rinomati?

---

(1) *V. il suo comento sull' articolo* 896.

(2) *Traité des donat. tom.* 1 *pag.* 108 *III.* 2 *édition, Paris* 1812.

(3) *V. la sua autorità in Rondonneau, corps de droit français vol.* 3 *part.* 2 *pag.* 454 *a* 456.

(4) *Explication du code civ. liv.* 3 *tit.* 2, *sur l' art.* 896, *n.* 9.

(5) *Droit civ. vol.* 5 *liv.* 3 *tit.* 2 *chap.* 1 *n.* 13.

§. III.

Sistema costante di giudicare in Francia, e nel nostro Regno.

SEBBENE preciso dovere de' Giudici sia di giudicare *colle leggi e non cogli esempj* (1), pure trattandosi di fissare il senso di una legge che i nostri avversarj definiscono oscura, od ambigua, è utile di ricorrere al sistema ricevuto nel foro: una consuetudine antica, confermata da una lunga serie di sempre uniformi sentenze, è il più sicuro ed imparziale interpetre delle leggi: *Si de interpretatione legis quaeratur*, dice il giureconsulto Callistrato nel primo libro delle sue quistioni, *in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo. — Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere* (2).

Non possiamo dissimulare che ne' primi tempi di

(1) *L.* 3 *cod. de sentent. et interlocut. omn. jud.*

(2) *LL.* 37 e 38 *ff. de legib. Bacon., aphor.* 10.

osservanza del codice civile in Francia, i Tribunali furon discordi intorno all' applicazione dell'art. 896 (1). Ma dopo una decisione renduta *consultis classibus* dalla Corte di Cassazione nel 18 gennaio 1808, i dispareri cessarono, tanto è lungi che *la lizza durasse ancora*; e la massima per la nullità della disposizione, e delle sostituzioni aggiunte fu generalmente applaudita (2). Ed è notevole che i primi conflitti avendo dato luogo ad un esame più accurato della quistione, rendon la interpetrazione di poi costantemente riconosciuta assai più autorevole.

Presso di noi questo punto di giurisprudenza non è stato mai, in mezzo a' dibattimenti talvolta suscitati dalla *condotta di causa*, risoluto con discrepanza. I

(1) *V. Chabot de l'Allier, quest. transit. vol.* 2 *substitution* §. 2, *II.*

(2) *V. tal decis. del* 1808, *preceduta da elaborate conclusioni del Procurator Generale Merlin, in Rondonneau, corps de droit français, vol.* 3 *pag.* 454 *a* 456. *Ved. anche le uniformi decis. della stessa Corte del* 7 *novembre* 1810 *in Sirey vol.* 13 *par.* 1 *pag.* 456, *de'* 27 *giugno* 1811 *ivi vol.* 11 *par.* 1 *pag.* 316, *de'* 3 *agosto*, *e* 22 *dicembre* 1814 *ivi vol.* 15 *par.* 1 *pag.* 7 *e* 174.

nostri Tribunali, e la Corte regolatrice han dato sempre all'art. 896 la più severa applicazione, sia che si trattasse di disposizioni col peso di fedecommessi, contenute in testamenti scritti ed aperti sotto l'azione delle nuove leggi, sia che tai testamenti si fossero formati in tempo che le sostituzioni fedecommessarie eran permesse (1): per dar luogo all'applicazione di quell'articolo è bastata la morte del testatore in tempo delle leggi innovative: è il tempo della morte quello che affigge la immutabilità a' testamenti. Queste massime son ricordate in tutte le decisioni profferite dalla prima Camera della Gran Corte Civile. Citiamo sol-

(1) *V. le decis. della nostra Corte di Cassazione, de' 5 luglio* 1815, *profferita nella causa di Lucia e di Lucia, inserita nel supplimento alla collezione delle leggi anno* 1819, *vol.* 2 *pag.* 541; *degli* 8 *marzo* 1816 *pronunziata nella causa tra de' Angelis ed i fratelli Leto, ivi pag.* 565 *a* 569, *e quella renduta a camere riunite nella causa tra Barba e Gigliozzi nel* 16 *novembre* 1820 — *Sono uniformi anche le decis. dalla prima Camera della Gran Corte Civile di Napoli profferite a dì* 23 *febbraio* 1821 *nella causa tra Guardati, il principe di Canneto ed altri; e nel* 23 *gennaio, e* 23 *marzo* 1822 *nella causa tra* Quinante *e* Quinante.

tanto il di lei arresto de' 23 febbraio 1821 nella causa tra *Guardati*, il *principe di Canneto* ed altri, perchè più si approssima alla nostra causa. La Gran Corte disse: » Considerando che D. Domenico Gironda tra-
» passò sotto l' impero del codice civile, e che *se-*
» *condo quelle* leggi deve giudicarsi della validità del
» suo testamento, comechè celebrato molti anni pri-
» ma — Che nell' articolo 896 del detto codice vien
» vietata la sostituzione, *e nel suo secondo lemma la*
» *nullità*, *donde le sostituzioni sono colpite*, *si esten-*
» *de a danno de' donatarj*, *degli eredi instituiti e*
» *de' legatarj*, *ec.* — Ed ora si pretende che questa
» giurisprudenza vacilli!

§. IV.

Le leggi novissime, limitando la nullità alle sole sostituzioni, non sono dichiarative, ma innovative del sistema antico — Ed in conseguenza non possono decidere del destino delle disposizioni contenute nel testamento del marchese D. Ferdinando Folgori, scritto nel 1801, ed aperto nel 1810.

Tra le dottrine ardite che si sono impiegate in difesa del sostituito marchese D. Nicola Folgori, vi è

stata la seguente: = L'articolo 943 delle leggi civili in vigore dispone che » *la nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, della instituzione, o del legato cui sta aggiunto.* È chiaro che questa disposizione è contraria a quella dell' articolo 896 del codice abrogato, perchè non annulla, come questo, anche la disposizione, ma toglie di mezzo la sola sostituzione vietata; e quindi si è rimessa in pieno vigore la massima *utile per inutile non vitiatur.*

Or si crederebbe che, non solo innanzi a' primi Giudici, ma pure in appello, il sostituito Folgori ha assunto che l'articolo 943 delle leggi attuali si abbia per dichiarativo dell' articolo 896 del codice abolito (1)! ed in conseguenza valga a sostenere in favor suo la pretesa sostituzion pupillare, tuttochè macchiata da fedecommessi! E pure questo argomento, notato una volta e ripreso come tutt' affatto incompatibile co' principj più certi, si riproduce ora colla stessa fiducia che ne guidò la scoperta. Si abbia dunque la docilità di accoglier pazientemente le nostre primitive risposte.

(1) *Pag.* 59 e 60 *dell' allegazione pel sostituito Folgori scritta in prima istanza. — Vedete anche i motivi del di lui appello.*

Le leggi interpetrative o dichiarative propriamente propongonsi di stabilire con maggior nettezza il senso e la estensione del disposto in una legge precedente. La spiegazione posteriore, determinandone la vera intelligenza, deve naturalmente riputarsi compresa nella legge spiegata; ciocchè giustifica il principio di doversene riportare l' applicazione al tempo della legge interpetrata o dichiarata (1): la legge nuova, dice Bacone (2), senza nulla cangiare o correggere all' antica, resse sempre il tempo intermedio tra l' una e l' altra. Segue da ciò che le leggi d' interpetrazione non posson dirsi retroattive applicandosi anche agli atti avvenuti pria del loro nascimento, a meno che finiti non fossero col mezzo o di giudicati, o di transazioni (3).

Ma questa teorica non è nè punto, nè poco applicabile agli articoli 941 e 943 delle attuali leggi civili.

---

(1) *Alder. Mascard. D. tr. concl.* 13 *n.* 48 *e segu. Jo. Philipp. in usu pract. ad instit. eccles.* 10 *per tot. Huber. praelect. in ff. lib.* 1 *tit.* 3 *n.* 11.

(2) *De augm. scient. aphor.* 49.

(3) *Merlin, quest. de droit Chose jugeé* §. 8, *Donation* §. 3, *e repert. Loi* §. 9 — *Decis. della Corte di Cassazione di Francia de'* 13 *brumale anno* 9 — *Ved. anche Voet lib. primo, tit.* 3 *ff. n.* 27.

Son queste leggi *innovative*, non già leggi *d' interpetrazione*. Bastano a persuaderne le leggi de' 26 marzo, e 21 maggio 1819, colle quali furono pienamente *aboliti* i codici pubblicati in tempo della occupazion militare; e, fissato il giorno in cui sarebbe principiata l' osservanza delle cinque parti del codice novello, si prescrisse che questo soltanto aver potesse forza di legge, tolta ogni efficacia a' codici abrogati, per quanto riguardava le materie contenute nel nuovo. Altronde una legge interpetrativa suppone la durevole esistenza della legge interpetrata o dichiarata, giacchè dee intendersi compresa in essa. E quindi si è malamente asserito che i suddetti articoli 941 e 943 delle nuove leggi civili siano stati pubblicati per *dichiarare* il supposto dubbio contenuto nell' articolo 896 del codice abrogato. Il nostro Augusto Legislatore ha voluto adottare un principio diverso; ma questo è il soggetto di una legge innovativa, la quale non può estendersi al passato senza esser *bifronte*, ed urtare nel vizio della retroattività proscritto dall' articolo 2 delle stesse novelle leggi.

Non neghiamo che nella decisione tra *Manti* e *Manti*, citata dal principal difensore del sostituito in mezzo alla sua aringa, la Corte Suprema di Giustizia nel 26 febbraio 1820 ebbe per dichiarativo l' articolo 943

delle novelle leggi. Ma questo arresto non è da trarsi ad esempio, per le particolari circostanze che lo suggerirono. Trattavasi cioè di una sostituzione fedecommessaria contenuta in un testamento scritto in *Palermo* in aprile del 1811. Il testatore non potea conoscere le nuove leggi che in questa parte del regno furono imposte in tempo della occupazione militare. Laonde era convenevole di far piegare le severità in un caso tutto singolare, onde non restasse viziata una disposizione scritta in buona fede, e nell' assoluta ignoranza delle novità sopraggiunte.

Del resto, in tutte le decisioni della Gran Corte Civile, le più notevoli delle quali furon più sopra citate, non si è mai dichiarato che l' articolo 943 fosse interpetrativo dell' abrogato articolo 896; ma pel contrario, nelle successioni aperte sotto l' imperio del codice civile, si è continuato a giudicare co' principj che lo animavano, onde la retroattività non offendesse la maestà delle leggi nuove.

Avvertiamo in fine che, ove il sentimento de' nostri contraddittori potesse ottener favore, si metterebbero in iscompiglio innumerevoli famiglie del Regno, le quali oppor non potessero lo scudo delle transazioni, o de' giudicati. Tutti gli eredi, donatarj, o legatarj gravati, che vennero privati delle liberalità in loro fa-

vore disposte, griderebbero contro l' applicazione dell' articolo 896 del codice abrogato, ed insisterebbero per quella de' supposti articoli declaratorj delle leggi nuove. E può immaginarsi un assurdo più degradante la giustizia e la sapienza del Legislatore, nel di cui petto sta sempre caldo l' interesse di fare il ben de' suoi popoli?

SEZIONE IV.

Si dimostra che gli articoli 1048, 1049 *e* 1050 *del codice civile non sono applicabili alla causa; e che se pur lo fossero, il torto del sostituito Folgori più sensibile diverrebbe.*

Il principal difensore del sostituito ha voluto ripetere in appello che la *sede della causa* non sta nell' articolo 896 del codice civile; ma negli articoli 1048, 1049 e 1050.

» Il Legislatore (*dicesi*) dopo aver proibite le sostitu-
» zioni fedecommessarie di ogni natura, nell' articolo 897
» limitò il divieto per quei fedecommessi che ordina-
» vansi da' genitori, o da' fratelli e sorelle, secondo
» le permissioni contenute nel capitolo 6. del titolo

» delle donazioni fra' vivi , e de' testamenti. — Ciò
» dimostra che la sanzione dell' articolo 896 non può
» essere applicabile a' casi eccettuati , e che van som-
» messi a regole diverse. — Or l' articolo 1048 per-
» mette a' genitori di dare i beni disponibili ad uno
» o più de' loro figli col peso di restituirli a' figli nati
» e da nascere nel solo primo grado da' donatarj. E
» l' articolo 1049, nel caso di morte senza figli , permette
» a' fratelli e sorelle di lasciare i beni di cui posson di-
» sporre , ad uno o più de' loro fratelli , o sorelle ,
» col peso di restituirli a' figli nati e da nascere dagli
» stessi donatarj , nel solo primo grado. Finalmente
» l' articolo 1050 dichiara nulle le disposizioni permes-
» se da' suddetti due articoli , ove non si facessero
» per lo vantaggio di tutt' i figli nati e da nascere dal
» gravato , senza eccezione nè preferenza di età o
» di sesso.

Sul fondamento di questi articoli D. Nicola Fol-
gori assume che la sua causa non possa vacillare , poi-
chè la disposizione a di lui riguardo debbe rimaner fer-
ma , restando annullati solo i fedecommessi che sorpas-
sano le limitazioni prefisse dal Legislatore. — Ma que-
sto ingegnoso trovato , lungi dal render migliore la causa
del sostituito , ne accresce il torto. Eccone la dimo-
strazione.

§. I.

Vero senso degli articoli 1048, 1049 *e* 1050 *del codice civile.*

Si è creduto che l'articolo 897, limitando il divieto delle sostituzioni ne' due casi contemplati dagli articoli 1048 e 1049, abbia voluto sottrarre siffatte disposizioni dalle sanzioni contenute nell'articolo 896. Ma è questo un errore. La eccezione non sta per la pena da aver luogo nel caso che un testatore o un donante sorpassi le limitazioni stabilite dalla legge. La eccezione fu scritta unicamente per dimostrare che, sebbene le sostituzioni di ogni natura fosser proibite, non pertanto giusti motivi esigevano che in due soli casi si permettessero.

Ma questa eccezione al divieto non produce eccezione alla pena, che unicamente quando il testatore, o il donante si trattenga ne' limiti prefissi. Per contrario, se in vece di sostituire ad un fratello i soli figli nati e da nascere, si gravassero anche costoro di trasmettere i beni sostituiti ad altre persone con ordine successivo invitate, in tal caso non si potrebbe più ricorrere all'articolo 1049 fatto per un caso di eccezione, ma la disposizione proibita andrebbe sommessa

al dominio della regola, cioè al divieto contenuto nell' articolo 896, ed in conseguenza alla pena che ivi è fulminata. Tanto è ciò vero che in tutt' i casi di questa specie, sottoposti al giudizio de' Tribunali francesi, si è sempre applicato il suddetto articolo, come proprio della quistione.

Ed in vero, l' articolo 1050 nel dichiarare invalida la disposizione, che non torni a profitto di tutt' i figli nati e da nascere dal donatario o dall' erede instituito, senza eccezione nè preferenza di età o di sesso, non parla dell' applicabilità della stessa pena al caso in cui la sostituzione oltre il primo grado si disponga. L' articolo 1050 potrà dunque regolare il caso che un fedecommesso di eccezione si faccia oltre il primo grado?.... No, perchè l' articolo nol dice. Dunque per la nullità di siffatta disposizione proibita, bisognerà ricorrere all' articolo 896, ove il divieto è assoluto per tutte le sostituzioni fedecommessarie. Questa regola non può esser negletta, sempre che il padre o il fratello non istimarono di restringersi ne' limiti della eccezione.

Laonde sotto questo primo aspetto D. Nicola Folgori malamente si sforza di sfuggire il divieto di tale articolo per ricorrere ad una disposizione ch' egli crede più indulgente, cioè a quella degli articoli 1049 e 1050.

Ma è poi vero che l'articolo 1050 sia meno duro dell'articolo 896? . . . . Il principal difensore del sostituito è ricorso alla decisione de' 5 marzo 1813, renduta dalla disciolta Corte di appello nella causa tra D. Biase Gervasio e D.ª Rachele Riccio, madre e tutrice di Agostino Gervasio. In questo arresto, che nacque per altro ne' primi anni di osservanza del nuovo codice civile, mentre si riconobbe che l'articolo 896 volea nulle tanto la instituzione che la sostituzione aggiunta, si disse che l'articolo 1050 altrimenti disponeva allorchè le sostituzioni permesse ne' due articoli precedenti non tornavano a vantaggio di tutt' i figli nati e da nascere. Vero è però che la Corte di appello non fu interamente sicura di questo giudizio, poichè lo espresse in un modo dubitativo. « Considerando (ella disse) che col-
» l'articolo 1050 si determina che le disposizioni per-
» messe ne' due precedenti articoli non saranno valide
» se non quando l'obbligo di restituzione torni a van-
» taggio di tutt'i figli nati o da nascere dal gravato
» senza eccezione, e preferenza di età, o di sesso;
» ma non avendo il Legislatore soggiunto in questo
» luogo, come nell'articolo 896, di essere anche nulla
» la donazione, l'instituzione di erede, ed il legato,
» SEMBRA che in favore de' figli donatarj, od eredi,
» similmente de' fratelli, abbia egli voluto lasciare nel

» suo vigore la donazione ; l' instituzione, ed il lega-
» to ». La parola *sembra*, basta a provare che quest' unica decisione non toglie il dritto di esaminare con maggior posatezza se l' avviso, che allora fu adottato, sia quello che debbe effettivamente seguirsi. A dimostrare però il contrario noi rechiamo due esempj luminosi, i quali ci dispensano da ogni altra discussione. Uno è ritratto dalla giurisprudenza francese ; e dell' altro, assai di maggior pregio, ci ha fatto cortese dono lo stesso principal difensore del sostituito.

In Francia, quando nel 1808 fu renduta la decisione *consultis classibus*, dopo della quale cessarono i dispareri intorno al vero senso dell' articolo 896, gli articoli 1048, 1049 e 1050 si presero per una spiegazione del ridetto articolo 896, e col loro mezzo il Procurator Generale Merlin rinvigorì la dimostrazione di esser ne' casi vietati la instituzione e la sostituzione irreparabilmente nulle. Ecco come questo celebrato giureconsulto si espresse :

» Per iscoprire il vero senso dell' articolo 896
» (egli disse alla Corte di Cassazione di Francia), biso-
» gnerebbe ricorrere non agli articoli 900, 943 e 951
» a torto invocati, ma agli articoli 1048, 1049 e 1050,
» dove particolarmente si tratta delle sostituzioni, in
» forma di eccezione all' art. 896 ».

» Gli articoli 1048 e 1049 permettono a' padri
» ed a' fratelli due cose: gli permettono 1. d' institui-
» re i loro figli ed i loro fratelli; 2. di gravarli di
» sostituzioni, col peso però che la sostituzione sia
» fatta in vantaggio di tutt' i figli del gravato, senza
» eccezione ».

» L' articolo 1050 prevede il caso che la sosti-
» tuzione non fosse fatta in tal modo; e pronunzia
» una nullità. Ma contro chi? Contra *le disposizioni*
» *permesse* dagli articoli 1048 e 1049.

» Or *le disposizioni permesse*, da questi articoli
» sono in un tempo stesso, l' instituzione, e la sosti-
» tuzione. Dunque la nullità è vibrata su l'una e l' al-
» tra disposizione ».

» Quindi è indubitato che, quando una sostitu-
» zione è fatta in disprezzo della legge, la nullità di
» questa clausola avvolge anche quella della instituzione ».

» È altronde indifferente che gli articoli 900,
» 943 e 951 dichiarino che un atto vizioso in una
» delle sue stipulazioni produce effetto in quanto a
» quelle regolarmente fatte —. Questo principio è ve-
» ro in generale; *ma vi si è fatta eccezione in ma-*
» *teria di fedecommesso* (1) ».

(1) *Conclus. del Procurator Generale Merlin*,

L' altro esempio è assai più forte, poichè in quella decisione di Manti e Manti, che la nostra Suprema Corte di Giustizia rese nel 26 febbraio 1820 sul rapporto del Consiglier Santelli, e che il principal difensore del sostituito ha invocata per dimostrare che l'articolo 943 delle nuove leggi civili sia dichiarativo del supposto dubbio contenuto nell' articolo 896 del codice abrogato, sta espressamente detto che la nullità della instituzione e della sostituzione è giustamente fulminata ne' casi degli articoli 1048, 1049 e 1050 (1). Ecco questa parte di

---

nella causa Rayet, dopo le quali la Corte di Cassaz. pronunziò la famosa decis. consultis classibus de' 18 *gennaio* 1808, *registrata in* Rondonneau, *corps de droit français ec. vol.* 3 *par.* 2 *pag.* 454 *a* 456.— *Fu anche questa la dottrina di Grenier, come può vedersi nel suo tratt. delle donazioni e testamenti tom.* 1 *pag.* 108, *III*, 2. *edizion.*

(1) *La disciolta Corte di Cassazione, nell'arresto del dì* 8 *marzo* 1816 *renduto nella causa tra de Angelis e i fratelli Leto, decise allo stesso modo. La Corte, dopo aver notato che l'art.* 896 *ben inteso, portava la nullità tanto della sostituzione, che della instituzione, soggiunse :* » *Cio è indubitato anche se si* » *riguardino gli articoli* 897, 1048, 1049 *e* 1050

ragionamento fatto nel senso contrario di ciò che disse Merlin.

» La Corte Suprema non crede che dovesse trarsi
» argomento in contrario dagli articoli 1048, 1049
» e 1050 dello stesso codice civile. Quivi espressa-
» mente si annullano tutte le disposizioni gratuite delle
» donazioni, e de' testamenti, qualora fossero fatte
» fuori del modo prescritto dalla legge. Quegli articoli
» formano una eccezione dell' articolo 896 del divieto
» delle sostituzioni fedecommessarie, perchè permetto-
» no ne' soli casi dè' genitori, e de' fratelli e sorelle di
» poter fare sostituzioni per tutti li figli nati e da
» nascere, e senza distinzione alcuna di sesso, o di età,
» e solamente nel primo grado. — Era ben naturale che
» il Legislatore, il quale si era rilasciato a giusta con-
» discendenza in quei soli casi, vi avesse apposta la

» *dello stesso codice, ove si legge l'eccezione confer-*
» *mativa della regola generale dell' articolo* 896 *per*
» *alcuni fedecommessi limitatamente permessivi, ed*
» *ove la parola* disposizione *impiegata in tutt' i detti*
» *quattro articoli, egualmente che nell'* 896, *abbraccia*
» *evidentemente sì la sostituzione che la instituzione* »
— *Questa decis. è inserita nel supplim. alla collez. delle leggi anno* 1819 *vol.* 2 *pag.* 565 *a* 569.

» limitazione di non eccedere i casi permessi ed il
» modo anche permesso, *sotto pena di nullità, anche*
» *del dono, e della instituzione* » ec.

Chiaro è dunque che gli articoli 1048, 1049 e 1050 non hanno un senso diverso da quello che si è comunemente ricevuto in rapporto all'articolo 896. Vediamo ora se sia possibile di applicarli alla specie.

§. II.

Gli articoli 1048, 1049 *e* 1050 *non entrano nella causa del sostituito Folgori.*

Per dimostrare questa verità, noi ci serviremo dello stesso ragionamento del Pubblico Ministero presso il Tribunal Civile, come il più esatto. » La sostituzione
» disposta da D. Ferdinando Folgori, a carico del so-
» stituito pupillare, non può dirsi affatto compresa nè
» nell' articolo 1048, nè nel 1049. Nel primo si parla
» della disposizione del padre in pro del figlio, e
» quindi della sostituzione a vantaggio de' suoi nipoti,
» figli dell' instituito. E D. Nicola Folgori non era si-
» curamente il figlio di D. Ferdinando — Si parla nel
» secondo della disposizione di un fratello, che non
» avendo figli, contempla l'altro fratello, gravandolo di

» sostituzione in pro de' figli. E D. Ferdinando Fol-
» gori è morto con figli. — In amendue gli articoli si
» parla di disposizioni della sua quota disponibile. E
» D. Ferdinando Folgori ha disposto dell' intero suo pa-
» trimonio, non che di quello del figlio. La sede adun-
» que della causa non è nell' articolo 1050, ma sta
» nell' articolo 896; e se così non fosse, non si sa-
» rebbero fatti tanti sforzi inutili per rinvenire il volu-
» to pleonasmo, il preteso *jus controversum*, e la im-
» maginaria legge dichiarativa (1).

§. III.

Se anche negli articoli 1048, 1049 e 1050 del codice abrogato la sede della causa esistesse, il sostituito Folgori l' avrebbe a maggior ragione perduta.

Non è questo un giuoco di parole, ma l'effetto semplicissimo dell' applicazione tanto di quegli articoli, che delle novelle leggi.

---

(1). *Pag. 44 delle conclusioni del Pubblico Ministero presso il Tribunal Civile, stampate a cura de' Pignatelli.*

L'articolo 1050, quando la sostituzione è oltre il primo grado, l'annulla o no? — L'affermativa non può esser disputata. Or D. Nicola Folgori fu sostituito fedecommessariamente alla marchesa, vera pupillar sostituita al figlio impubere. Questa posizione è giustificata dalle dimostrazioni precedenti — E se pur voglia dirsi che sostituito per pupillare espressa sia lo stesso D. Nicola, perciò solo egli non può riputarsi instituito, poichè erede del testatore D. Ferdinando era il figlio. Laonde la sostituzione non arrestandosi unicamente sulla testa di D. Nicola, ma trovandosi ampliata con ordine di primogenitura a' suoi dicendenti maschi, tal sostituzione sì per costoro che per lui è evidentemente nulla, e la instituzione che si vuol salva, non lo fu che per l'erede Salvatore Folgori, a di cui peso la trasmissione s'impose. Questa è la conseguenza che nasce dalla stretta applicazione degli articoli 1049 e 1050, che a pieno torto si dissero *sede della causa*.

Ma quello stesso articolo 943 delle nuove leggi civili, che si vuol dichiarativo dell'articolo 896, decide a svantaggio del sostituito. L'articolo porta: » la » nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, » della instituzione, o del legato cui sta aggiunta; » RESTANDO CADUCATE TUTTE LE SOSTITUZIONI ANCHE DEL

» PRIMO GRADO ». Di grazia, nella specie qual' era la sostituzione del primo grado ? . . . . . Era senza dubbio quella di D. Nicola Folgori, o rispetto alla marchesa vera pupillar sostituita, o rispetto al pupillo. Dunque questa sostituzione è annullata dalle stesse nuove leggi alle quali si tenne con tanta fiducia ricorso!

SEZIONE V.

La pretesa pupillare divenne irrita, perchè nel 1810, *alla morte del sostituente, il pupillo non restò* princeps familiae.

La pupillare di cui si contende, se pur valida volesse dirsi in riguardo a D. Salvatore Folgori, che non era nato, nè concepito al tempo del fatto testamento, divenne però irrita per non esser egli restato indipendente, ma sommesso alla potestà della madre allor che il sostituente cessò di vivere. Questa dimostrazione deve in ordine preceder l' altra della incompatibilità di tal sostituzione colle leggi sopraggiunte nel 1810.

§. I.

La pupillare de' romani avea per fondamento la patria potestà; ed era irrita se alla morte del sostituente il pupillo ricadesse nella potestà di un altro.

Non vi ha interpetre delle leggi antiche, il quale non faccia dipendere dalla patria potestà il diritto di sostituire pupillarmente. *Fundamentum substitutionis pupillaris est patria potestas*, dice Einnecio (1), questo canone con tutta la schiera degli eruditi ritraendo da leggi espresse (2). La patria potestà, quantunque sensibilmente sfibrata, pure a' tempi di Giustiniano continuava ad essere straordinaria, e tutta propria de' romani, com' è chiaro da quelle notevolissime parole: *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem*,

(1) *In tit. instit. de pupill. substit.* §. 560 = *Ved. anche Ubero in tit. ff. de vulg. et pupill. substit. n.* 13, *e Vinn. in princ. instit. eod. n.* 1.

(2) *Pr. instit. eod. L.* 8 *cod. de impub. et al. substit. L.* 41 §. *cum filiae ff. de vulg.*

qualem nos habemus (1). Giustiniano parlò de' tempi suoi, non de' tempi antichi: » *qualem nos habemus*, egli disse. Questa frase non può riportarsi a' tempi di Romolo, nè a quelli che trattennero le durezze de' primi romani, senza far onta al testo. E l' Ubero, additando che presso i popoli che indi rifiutarono quel dritto singolare di potestà, la sostituzione pupillare non era ammessa (2), aggiugne: *Ideoque apud eos populos non potest non videri enorme, patrem de bonis filii adventitiis disponere, quam potestatem substitutio pupillaris ei sine dubio largitur: Si quidem pater, ejus virtute, filio testamentum facit, nihilo secus ac si ipse testaretur, L. 2 in pr. ff. h. t., quin diserte ita scriptum est in L. 10 §. 5 ff. h. t.* (3).

Dal principio che base della sostituzion pupillare era la patria potestà, nasceva 1. che il padre soltanto, non già la madre, cui le leggi quel raro potere non

---

(1) §. 1 *instit. de patria potestate.*

(2) *V. Grot. lib. 1 cap. 6 n. 8 lib. 2 cap. 19 in fin. Gudelin. de jure noviss. cap. 13 in vers. Quid morib. e lib. 2 cap. 5 vers. Adjicio. Vinn. in §. ult. n. 2 inst. de vulg. et pupill.*

(3) *Huber. in tit. ff. de vulg. et pupill. substit. num.* 13.

concedevano, avea la facoltà di sostituire pupillarmente (1); 2. che tal sostituzione, lungi di poter adattarsi ad un estraneo, era soltanto applicabile a' *suoi*, ed a' postumi non emancipati (2); 3. che, onde sostituire a' nipoti che ricaduti sarebbero nell' altrui potestà, nel caso ciò non avvenisse, usar si dovea la formola della legge Giunia Velleja (3); 4. che non perdendosi colla diredazione la patria potestà, sostituir si poteva anche a' diredati (4); 5. che la sostituzione svaniva se pria della morte del testatore il pupillo era emancipato, o davasi in arrogazione (5).

Laonde, pe' principj del dritto romano, è indubitato che a colui solo dar si poteva dal padre o dall'avo un pupillar sostituito, che dopo la morte del sostituente restasse *princeps familiae*, cioè non soggetto all' altrui potestà.

---

(1) *Princ. instit. de vulg. et pupill. L.* 33 *ff. de vulg.*

(2) *L.* 2 *ff. eod. Heinnecc. in tit. instit. eod.* §. 561.

(3) *L.* 2 *pr. ff. de vulg.*

(4) *L.* 1 §. 2, *L.* 10 §. 5 *ff. eod.*

(5) *L.* 17 §. 1 *ff. de adopt. Heinnec. in tit. instit. de pupill. substit.* §. 561.

§. II.

La patria potestà, limitata al padre od all' avo dal dritto romano, si è dalle nuove leggi estesa anche alla madre, la quale dopo la morte del marito, continua ad esercitarla sul figliuolo comune.

Questa verità, direttamente decidendo del torto del sostituito, quantunque fosse la più sicura, non fu risparmiata da' nostri contraddittori.

I romani non attribuivano patria potestà alla madre, ma solo al capo della famiglia, cioè al padre, od all' avo: *Qui igitur*, insegna Giustiniano, *ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus et neptis, aeque in tua sunt potestate; et pronepos et proneptis, et deinceps caeteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt; sed in patris eorum* (1).

Questa massima, che di molto umiliava la condizione delle donne, ed era riprovata dalla natura (2), tanto

(1) §. 3 *instit. de patria potestate.*

(2) *Autori di credito han pensato che nello sta-*

dal codice francese, che dalle nostre novelle leggi si è corretta nel seguente modo — *Il figlio deve onorare e rispettare i genitori, qualunque sia la sua età, ed il posto che occupi nella società* (1) — *È soggetto* ALLA LORO AUTORITÀ *per gli effetti determinati dalla legge, fino a che non giunga agli anni venticinque compiti, o non sia emancipato prima di questa età, od abbia contratto matrimonio, o viva con casa ed economia separata* (2) — *Questa autorità è esercitata dal solo padre*, DURANTE IL MATRIMONIO (3).

Contro tali precise disposizioni della legge è vano il declamare. Siccome la potestà de' genitori, per diritto di natura, non dev'esser altra che quella dipendente

---

to di natura la patria potestà su' figli competa alla sola madre. — *Ved. Hobbes de civ. cap.* 9 §. 2 — *Buddeus diss. de obligat. quae ex divers. hom. stat. oriuntur* §. 16 — *Ved. Puffendorf. de jure nat. et gent. lib.* 2 *cap.* 2 §§. 2 *et* 3.

(1) *Art.* 287 *legg. civ. Art.* 371 *del cod. civ. abrog.*

(2) *Art.* 288 *legg. civ. L' art.* 372 *del cod. abrog. era così scritto*: Egli resta soggetto alla loro autorità fino alla età maggiore, o alla emancipazione.

(3) *Art.* 290 *legg. civ. Art.* 373 *del cod. abrog.*

dall' uffizio di ben educare e dirigere i figli, era giusto che si rendesse comune al padre, ed alla madre, che dallo stesso dovère sono avvinti. Come del pari era necessario che il marito, divenendo per le nozze capo e reggitore della famiglia, talchè anche la moglie gli è subordinata, principalmente esercitasse la potestà su' figli, senza detrarre a quella che nella madre son costoro obbligati di riconoscere. Entrambi i genitori son ora chiamati ad avvalersene, ma sempre la moglie subordinatamente al marito; onde nel loro dissenso, l' autorità di quest' ultimo prevale (1), altrimenti il conflitto de' poteri produrrebbe anarchia (2).

Sciolto però il matrimonio, cessa ogni ragione di preferenza; e la moglie che sopravvive esercita essa sola su' figliuoli superstiti la parte di potere compatibile colla sua fralezza, e che non può degenerare in abusi.

---

(1) *V. gli art.* 163 *e* 164 *legg. civ., e l'art.* 148 *del cod. civ. abrog.*

(2) *Heinnecc. elem. jur. nat. et gent. lib.* 2 *cap.* 3 §. 54, *et ad Pufendorf. de offic. hom. et civ. lib.* 2 *cap.* 3 §. 3 *n.* 2.

§. III.

Applicazione.

Atteso il fermissimo divieto di sostituire ad un pupillo che alla morte del sostituente ricada nella potestà altrui (1), è chiaro che D. Nicola Folgori insiste per l'effetto di una sostituzione di già irritata dalle leggi in vigore nel 1810, in ciò non difformi da quelle che ora abbiamo. In tempo che il sostituente cessò di vivere, D. Salvadore Folgori non era *princeps familiae*, ma restò soggetto alla potestà della madre (2). Dunque la sostituzione su la quale si disputa rimase fin d' allora annullata, allo stesso modo che per dritto antico avveniva se l'avo sostituito avesse ad un nipote che ricadeva nella potestà del padre (3).

I nostri contraddittori risposero a questo argomento, pretendendo che, per esser la potestà del padre, maggiore di quella della madre, non potevasi annullare

---

(1) *L. 2 ff. de vulg. in pr. Ved. Vinnio in princ. instit. de pupill. n. 1.*

(2) *Vedetene la dimostrazione nel §. precedente.*

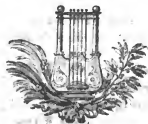
(3) *D. L. 2 ff. de vulg.*

una sostituzione ch' egli ordinasse ! ed all' uopo si trovò censurabile l' avviso nostro, come quello che » poneva » l' accessorio al pari del principale, il secondario al » pari del primario, e rendeva il più eguale al meno ». — A farla breve, notiamo che ora il figlio, sciolto il matrimonio de' suoi genitori, continua ad esser soggetto alla potestà della madre che sopravvive, mentre tal potestà nel corso del matrimonio *era a lei comune col marito*. Ciò scompone naturalmente il sistema della pupillare, perchè questa è inconcepibile per un pupillo che alla morte del sostituente non resti *princeps familiae*. Altronde sarebbe veramente assurdo che la potestà una volta attribuita ed esercitata da un solo, ed ora divisa in due, per cui è minore di quella delle romane leggi, non cessi colla morte! e la potestà del padre che premuore si contrapponga al vivo, cioè alla madre!

Il Pubblico Ministero presso il Tribunal Civile, nelle sue elaborate conclusioni non lasciò senza confutazione gli argomenti del sostituito Folgori per sostener valida la pupillare cui ricorse. » Ad evitare sì tristi conseguenze, » *egli disse*, il nostro pupillar sostituito imprende a » sostenere, che non può dirsi patria potestà quella » che dalla madre si esercita. Ricorre egli a due argo-

» menti. L'uno, che non può la moglie che premuore
» al marito dare un contutore a' figli comuni, come
» può fare il padre in conformità dell' articolo 313
» delle leggi civili. L'altro, che per l'articolo 304
» delle stesse leggi, il padre può da se solo domandare
» l'arresto del figlio per sei mesi; e la madre non
» può chiederlo, se non coll' assenso di due più pros-
» simi parenti paterni; giusta il prescritto dall' artico-
» lo 308 ».

» Questi argomenti altro non provano, che il pa-
» dre ha delle facoltà più estese di quelle che compe-
» tono alla madre. E qual meraviglia, se tutte le leg-
» gi han riconosciuto quelle preeminenze, che debbo-
» no avere gli uomini esclusivamente dalle donne? Deb-
» bono esse le prime, durante il matrimonio, esser protette
» e dipendere da' mariti, giusta il prescritto dell' arti-
» colo 202. Ma la quistione non è riposta nel vede-
» re se il paterno potere sia più esteso, o eguale al
» materno. *Deve unicamente vedersi se siavi un po-*
» *tere materno. E come negarlo quando la legge lo*
» *ha letteralmente concesso?* Se le disposizioni della
» legge possono cancellarsi in grazia del pupillar so-
» stituito, tutto andrà bene. Ma se ciò non è permes-
» so, dobbiamo dire, che D. Salvatore Folgori,
» morto il padre, cadde sotto la potestà della madre,

» e che quindi la sostituzione pupillare, s'irritò per
» questa circostanza, anche avuto riguardo alle leggi
» del tempo in cui fu scritta (1).

(1) *Pag. 34 e 35 delle conclus. del Pubblico Ministero presso il Tribunal Civile, stampate a cura de' Pignatelli.*

PARTE QUARTA.

La pupillare di cui si contende fu annientata dalle leggi del 1810.

Fingiamo che la sostituzione ordinata dal marchese D. Ferdinando Folgori nel 1801, non abbia i vizj di cui la credemmo ricolma, ed in conseguenza regger possa anche in riguardo a D. Salvatore di lui figlio, tutto che dopo la morte del sostituente foss' egli rimasto soggetto alla potestà della madre. Qual pro pel sostituito a di cui favore usar si vorrebbe tanta indulgenza?

La sostituzione di che egli si vanta, non doveva acquistare la sua fermezza che in morte del sostituente. Questa verità legale, da noi già nudrita con ricco corredo di robusti argomenti (1), è ricordata con auree parole da Arnoldo Vinnio nel definire perchè la sostituzione al pupillo dicasi pupillare: *Sequitur*, egli dice, *directae substitutionis species, altera, quae a subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa* (cioè la volgare), *promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes sit, in po-*

(1) *Vedete la III parte di questa memoria.*

testate patris esse desiit, L. pupillus 239 de verb. signif., tamen quia VIS OMNIS TESTAMENTI, ET SUBSTITUTIONIS CONFERTUR IN MORTEM TESTATORIS, *id est, in id tempus quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur* (1). Or non può mettersi in dubbio che le leggi in vigore nel 1810 non ammettevano la pupillare; per cui sotto tal rapporto, quella che dà luogo alla lite, divenne irrita. — Dimostriamo metodicamente la maggiore di questo argomento, onde la verità di applicazione divenga sensibile.

§. I.

Si dimostra cogli autentici motivi della legge.

NELL' ampio divieto delle sostituzioni di ogni natura, l'articolo 896 del codice civile, che presso di noi osservavasi come legge nel 1810, manifestamente avvolge anche le *dirette*, tranne la sola *volgare*, in termini espressi eccettuata nell' articolo 898. Ad onta di ciò i nostri contraddittori, credendo che il solo antico fe-

(1) *Vinn. in tit. instit. de pupill. in pr.*

decommesso siasi voluto proibire, hanno asserito che i motivi della sostituzione rigettata somministrano l'autentica pruova di non essersi esclusa la pupillare. Ma questo ragionamento non regge, poichè *la fonte autentica* cui si ricorre, offre precisamente l'opposto, come si rileva da' *processi verbali* della discussione.

Pria d'ogni altro, uopo è notare che il consigliere *Tronchet*, incautamente citato per rinforzar la causa del sostituito, nella seduta che il consiglio di Stato tenne nel 30 ventoso anno XI, si spiegò in questi termini: « La facoltà di disporre per testamento » non può, come quella di disporre tra vivi, aver- » si come una conseguenza del diritto di proprietà. » Questo diritto non va oltre la vita; e quindi non » può cavarsene la facoltà di disporre per un tempo » in cui il proprietario sarà spento. La facoltà di te- » stare non è che un benefizio della legge civile, la » quale a tal uopo aggiugne alla legge naturale. Ciò » non ostante il diritto civile uopo è che s'innalzi » su le basi della legge di natura. *A questo riguardo* » *i romani non possono esser presi per modelli: essi* » *eransi eretti in legislatori supremi delle loro fami-* » *glie: il loro testamento era una legge: essi eserci-* » *tavano su' proprj figli un' autorità senza limiti. Ma* » *ciò forma una deviazione dal diritto di natura,*

» *il quale esige che colui che ha dato la vita a' suoi*
» *figli gli lasci anche i beni* ec. = E l' autore di questi principj si è chiamato in difesa delle sostitnzioni pupillari ! mentre queste precisamente derivavano da quell' alto dominio privato, scritto nella nota legge delle XII tavole, che nel dritto romano fu in ogni tempo avuta per base della fazione del testamento : *Pater familias uti legassit super familiae, pecuniae, tutelaeve suae rei, ita jus esto* (1) !

Ma vi ha di più. Nella seduta del 7 piovoso dello stesso anno trattossi di sapere se, come erasi permesso a' padri di lasciar a' nipoti i beni della quota disponibile che dar non volevano in tutta proprietà a' figliuoli, accordar si potesse lo stesso diritto agli zii. In questo incontro il console *Cambacerés* disse che non si avvisava in alcun modo di ravvivar le sostituzioni in uso nell' ultimo stato della legislazione antica : » ma
» qual inconveniente vi sarebbe (egli soggiunse) in
» permettere nella linea collaterale la *disposizione offi-*
» *ciosa* di già accordata nella linea diretta ? Perchè il
» zio non potrebbe, al pari di un padre, provvedere
» onde un nipote dissipatore non rapisse alla famiglia

(1) *Ulpian. fragm. XI*, 14. *L.* 53 *pr. ff. de verb. signif.* — *Princ. instit. de lege falcid.*

» la sua successione? » — Il dotto Consigliere *Treilhard* notò pure che » la *disposizione officiosa* nulla avea di » comune colle sostituzioni, poichè consisteva in un » mezzo apprestato al padre, il quale, seguendo il voto » della natura, desidera conservare il suo patrimonio » a' nipoti, senza privarne i di lui figliuoli. Questo » padre perviene al suo scopo riducendo il figlio a go- » dere dell'usufrutto, e dando a' nipoti la proprietà (1).

Tutte queste massime, professate in tempo della discussione del codice francese, sarebbero sufficienti a dimostrare che i nostri avversarj sono in errore, supponendo che sotto silenzio si fosse usato in riguardo alla pupillare. Ma noi vogliamo andar più lungi, e dimostrare che tal sostituzione fu riprovata, ed esclusa.

Nella stessa seduta del 7 piovoso, le opinioni convergendo intorno al diritto ne' genitori di sostituire a' figliuoli nel primo grado, cioè in favor de' nipoti, si prese a discutere » 1. se tal disposizione *officiosa* » estender si potesse sopra tutto ciò che il figliuolo è » chiamato a raccogliere nella paterna eredità; 2. se po- » tesse in tal modo gravarsi anche la legittima; 3. se » al contrario dovesse il padre limitarla alla sola quota

(1) *Procès verb. de la discuss. du code civ. tom. 2 pag.* 321 *e seg.*, *Paris* 1808.

» disponibile » — Ma dopo leggera discussione il Consiglio adottò in massima che » la legittima non potrà » esser giammai vincolata; e che un padre potrà trasmettere a' suoi nipoti da nascere, ma, nel primo » grado soltanto, i suoi beni disponibili, lasciando però » l' usufrutto al figliuolo (1).

Con queste determinazioni è insociabile la sostituzion pupillare, la quale, tolta via di mezzo la diredazione (2), cadrebbe non solo su la quota disponibile del padre, ma anche su la legittima del figliuolo, e su' particolari acquisti di costui! Ed un diritto al sostituito in primo grado, che dopo lungo contrasto fu attribuito al padre in favor de' nipoti dal figlio, *filio existente in medio*, se gli darebbe in favor del fratello e de' suoi discendenti progressivamente invitati con ordine di primogenitura in perpetuo!

Ma cosa pretendono i nostri contraddittori per dirsi vinti? che nelle discussioni del codice civile espressamente si parli di sostituzion pupillare, come di cosa che non si è voluta? E bene; vogliamo anche in ciò

---

(1) *Procès verb. de la discuss. du code civ. tom. 2. pag.* 331 *e* 332.

(2) *Badisi che il ragionamento si livella sul codice civile francese, non su le leggi attuali.*

contentarli, onde più non si dica che la quistione fu negletta.

Nella seduta del 14 piovoso anno XI, continuò nel consiglio di Stato di Francia la discussione in ordine alle limitazioni di cui esser poteva suscettibile il divieto delle sostituzioni fedecommessarie. Fu allora che lo stesso consigliere Bigòt-Préameneu, impropriamente citato per appoggiar la causa del sostituito, lungi dal passar sotto silenzio, parlò di proposito della pupillare in questi termini:

» L' oratore non dirà che pochi motti di un' altra
» specie di sostituzione conosciuta ne' paesi di dritto
» scritto, sotto il nome di *sostituzion pupillare*. Que-
» sta ha luogo quando un padre, avendo sotto la sua
» potestà un figlio impubere, ordina che, se questo fi-
» gliò non è suo erede, o se nel caso che lo fosse,
» muoia prima del tempo della pubertà, il sostituito
» succeda in suo luogo ».

» Questa sostituzione ha il doppio effetto della
» sostituzione *volgare*, che chiama il sostituito se il
» figlio non è erede, e della *sostituzione graduale*,
» che fa passare i beni dalla persona del figlio a quel-
» la del sostituito ».

» Con queste nozioni preliminari è facile di ricono-
» scere le differenze che esistono tra sì fatte due specie

» di sostituzioni, e le conseguenze che ne risultano
» nell' ordine delle successioni, nella organizzazione
» delle famiglie, nell' economia politica ».

» Nella sostituzione volgare, la quale non fa che
» chiamar l' uno in mancanza dell' altro, la proprietà
» non si trasferisce che all' uno od all' altro; è una
» semplice precauzione affinchè si trovi un individuo
» a pro del quale la disposizione abbia il suo effetto.
» Se il primo chiamato è impossessato de' beni, la
» sostituzione è caduca; è questa dunque una disposi-
» zione semplice, la quale trasmette una piena pro-
» prietà, *senza derogare nella famiglia all' ordine fu-*
» *turo delle successioni.* Non ne son mai nate difficol-
» tà, e si propone al Consiglio di conservarne l' uso ».

» Ma quando non è solo in mancanza di una
» persona che l' altra è chiamata; allorchè per la vo-
» lontà dell' uomo i beni sono trasferiti da una per-
» sona all' altra, e successivamente da grado in grado,
» ne risultano delle conseguenze che meritano una
» profonda discussione ».

» Da una parte è certo che questo non è più un
» semplice atto di trasporto di proprietà; è un ordine
» stabilito tra le persone che il donante chiama, acciò
» si succedano le une alle altre; è costitnire per le
» future generazioni lo stato e l' organizzazione della

» famiglia ; è fare un atto di legislazione piuttosto che
» esercitare un diritto privato : questo era nella sua
» maggiore estensione l' esercizio di quel potere inde-
» finito , che il capo della famiglia avea presso i ro-
» mani non solo sopra i suoi beni personali , ma an-
» che su l'intera famiglia : POTERE CHE ERA UNA DELLE
» BASI DEL SISTEMA DI GOVERNO , E CHE LA NOSTRA LE-
» GISLAZIONE NON TOLLERA (1) ». — Si farà dunque
più il dubbio se la sostituzione pupillare , per quello
che si legge negli autentici motivi della legge, sia
stata o no avvolta nel divieto assoluto delle sostituzioni
imposto dall' articolo 896 ?

(1) *Procès verb. de la discuss. du cod. civ. tom. 2 pag. 333 e seg. Paris* 1808. — *Gli autori delle conferenze*, *nel dar conto della discussione sull' art.* 896 , *alle pag.* 131 *e* 132 *registrano questi stessi principj ; per cui fa meraviglia come i difensori del sostituito Folgori gli abbian citati in appoggio del loro assunto !*

§. II.

Si dimostra colla giustificazione del divieto della pupillare, contenuto in quello dell'articolo 896 *del codice civile.*

I nostri avversarj tenacemente appigliandosi alla definizione che dà questo articolo della sostituzione fedecommessaria che rigetta, si sono sforzati a dimostrare di non esservi nella pupillare alcun *gravame di conservare per restituire*; e quindi non poter intendersi vietata al pari de' fedecommessi. Noi non vogliamo confutare questo ragionamento coll'esame minuto delle leggi, e delle autorità delle quali si fece uso in pruova dell'innocenza della pupillare. Diciamo però che tutto è relativo in questa terra; e che i sistemi nella loro origine accolti, od intesi in un modo, possono col cambiamento dell'età, degli usi, e delle circostanze esser di poi riguardati in diverso senso.

Così la sostituzion pupillare, la quale da' romani non era avuta per fedecommesso, il divenne presso i popoli, che non adottarono la patria potestà propria *civium romanorum*, secondo la quale i figli erano nel

quiritario dominio del padre, o dell' avo (1). Allora fu che, non permettendosi di sostituire a' diredati, nè su' beni avventizj dell' impubere, la pupillare cadde su' soli beni che a costui tramandavansi dal sostituente, nè altrimenti valeva che come fedecommessaria. Questa verità, di cui ci rendono testimonianza gravissimi autori, è testificata da Voet ne' seguenti termini: — *Qua occasione generaliter observandum, pupillarem substitutionem, quatenus pro fundamento habet patriam potestatem, et ad omnia impuberis bona sive a patre sive aliunde acquisita se se extendit, usu sublatam esse; de caetero non modo patrem, sed et matrem, et propinquos, et extraneos quoscumque, heredibus institutis, tum liberis, tum extraneis, tum impuberibus, tum puberibus cujuscumque aetatis, substituere posse verbis directis in casum quo heredes erunt, et vel intra pubertatem, vel intra majorem aetatem, vel intra aliud tempus quodcumque, arbitrio testatoris praefiniendum, morientur*; ita ut substitutio illa non producatur ultra bona ab ipso substituente profecta, et verbis substitutionis directis in obliqua flexis, institutus intel-

(1) *V. Bynkersoek de jure occid. liber. cap.* 1 *pag.* 145, *et Heinnecc. in tit. instit. de patria potestate n.* 136.

ligatur gravatus universali fideicommisso de restituenda defuncti substituentis hereditate ei, qui substitutus est; *de reliqua vero substantia, quae aliunde heredi instituto quaesita fuit*, pro suo arbitrio testamento disponat, vel legitimos in ea habeat successores, si noluerit vel per leges non potuerit ipse testari. *Groenewegen ad pr. et ad §. ult. instit. de pupill. substit. Ant. Mattheus de auction. lib. I cap. II n. 32 in fin. Parens P. mem. Paulus Voet ad §. ult. instit. de pupill. substit. n. 5. Respons. Jurisc. Holl. par. 2 consil. 236, 237, e par. 4 consil. 7* (1).

Fecero dunque benissimo i Legislatori francesi nel riguardare la sostituzione pupillare come graduale, e fedecommessaria. Essi conoscevano lo stato attuale della giurisprudenza presso i diversi popoli; e mentre non ignoravano che la patria potestà de' romani non era più in uso, volevano cancellarne tutti gli effetti che risentivansi della originaria durezza, riportandola a' principj del natural diritto. Laonde considerando che fedecommesso vi ha sempre che il chiamato non può raccogliere, ovvero non è invitato a raccogliere che progressivamente (2), intesero d'includere, e positivamente in-

(1) *Voet in lib. 28 tit. 6 ff. n. 26.*

(2) *V. la decis. della G. C. Civile del 23 gen-*

clusero la pupillare nell' ampio divieto delle sostituzioni d' ogni natura. Fra le sostituzioni dirette, la sola volgare fu risparmiata (1), perchè questa sola era senza vizio.

Nè sul vero senso dell' articolo 896 può esservi ragionevole disputa, perchè è chiarissimo. Si sa che la ragione dominante, ossia il principio regolatore del divieto delle sostituzioni, fu quello d' impedire l' ammortizzazione, o l' inceppamento de' beni. Le sostituzioni arrestano la libera circolazione delle proprietà, la quale è necessaria per incoraggiar l' industria ed accrescere la ricchezza pubblica. Altronde l' interesse generale vuol che ognuno possa disporre a piacere de' beni suoi; e che l' ordine legittimo delle successioni non venga dagli stabilimenti fattizj, *oltre i casi permessi*, arbitrariamente turbato.

Nasce da questi principj che, quando in una disposizione s' incontra il peso imposto al legatario od all' erede di conservare per restituire ad un terzo in un tempo determinato o dopo sua morte, vi ha sostituzione nel senso dell' articolo 896. È indifferente poi che

naio 1822, *inserita nelle pag.* 101 *e segg.*, *e Merlin repert. Substitution fideicommiss. sect.* 8, *n.* 4 *e* 5.

(1) *Art.* 898 *cod. civ. franc.*

si dia o no al legatario od all' erede il dovere di conservare. Basta che sia chiara la obbligazione di restituire, e che la persona eletta non abbia il nudo titolo di semplice incaricato, fiduciario, ministro, od esecutore, per esservi sostituzione: la sostituzione, ossia *la surrogazione di una persona all' altra nello stesso dritto*, vi ha sempre che s' incontrino due chiamate con ordine successivo (1).

Questo principio generale si applica tanto alle sostituzioni pure che alle condizionali o a tempo. Ma in ciò, per non incorrere in equivoci, bisogna distinguere.

Quando la condizione, sotto della quale un terzo sia gratificato, dipenda da un avvenimento eventuale nel senso dell' articolo 1040 del codice abrogato, non può esservi sostituzione. Per esempio: *lego il fondo Corneliano a Gajo col peso di renderlo a Mevio, ove ritorni il naviglio che ha spedito in Cuba.* In tal caso non vi ha ordine successivo condizionalmente stabilito, poichè Gajo non è chiamato a godere in preferenza di

---

(1) *Peregrin. de fideicomm. art.* 17 *n.* 1 *e seg. Thevenot chap.* 1 §. 3. *Merlin repert. Substit. fideicomm. sect.* 8, *e questions de droit*, *Substitution fideicomm.* §. 6. *Toullier*, *droit civil français tom.* 5 *n.* 24 *e* 40.

Mevio, nè questo dopo di quello: Mevio al contrario raccoglier deve il legato al verificarsi della condizione sotto di cui gli fu fatto: in questa ipotesi si reputa ch' egli riceva il legato direttamente dal testatore, a ragion che la condizione, purificandosi, risolve il godimento dell' erede incaricato del legato condizionale, e porta le cose allo stato in cui erano pria che l' erede principiasse a godere (1).

Al contrario, se non trattisi di disposizione risolvibile per l' avveramento di una condizione, o che imprima l' obbligo di restituire quando la condizione arriva, ma di sostituzione che caratterizza *l' ordine successivo*, o il peso di restituire alla morte del gravato, e dopo ch' egli ha goduto, l' applicabilità dell' articolo 896 non può evitarsi (2). Il perchè se uno

(1) *V. Grenier, traité des donations tom.* 1 *pag.* 115 *e segg. e* 126, 2. *ediz.*, *e Toullier, droit civil français tom.* 5 *n.* 40.

(2) « *Non debbonsi confondere le sostituzioni » che caratterizza l' ordine successivo, o il peso di » restituire alla morte del gravato, e dopo ch' egli » abbia raccolto, colle disposizioni risolubili dietro » l' avveramento della condizione, o col peso di re- » stituire al momento che la condizione arriva. Se*

dica: *instituisco Mevio mio erede, ed, ove egli muoia prima di 25 anni, lo incarico di render la mia successione a Gajo*, sarà questa una sostituzione fedecommessaria nel senso dell' articolo 896. Vi ha in effetti

---

» *le sostituzioni son proibite dall' articolo* 896 *del codice, le disposizioni condizionali, o risolubili sotto* » *condizioni son permesse dall' articolo* 1040, *dall' ar-* » *ticolo* 898, *e dall' articolo* 1121, *il quale permette* » *di stipulare in favor di un terzo, se questa sia la* » condizione *del dono che altrui si faccia. Il donatore* » *può incaricare il donatario di restituire ad un ter-* » *zo; e se lo può con una disposizione pura e sem-* » *plice, perchè nol potrebbe condizionalmente? Io* » *dono a Paolo il fondo Corneliano, coll' obbligo di* » *darne la metà a Pietro: questa disposizione è evi-* » *dentemente permessa dall' articolo* 1121. *Perchè dun-* » *que donar non potrei a Paolo col peso di restitui-* » *re a Pietro se il tal naviglio arrivi dall' isola di* » *Francia, o se ritorni dall' armata?* » *Così l' egregio Toullier, droit civil français, tom.* 5 *n.* 40 *in fin. Vedete anche Merlin repert. Instit. contractuelle sect.* 5 *num.* 28, *Delvincourt, cours de code civil tom.* 1 *pag.* 829, *e Rolland de Villargues, sur les substitutions prohibées n.* 48.

il dovere nel gravato di conservare in tutto il corso di sua vita per restituire in morendo; e vi si riconosce l'ordine successivo di vocazione, da principio di un primo gratificato, indi di un secondo che raccolga dopo del primo. *È vero*, soggiugne il dotto Toullier (1), *che quest' ordine successivo vedesi stabilito sotto condizione, e non in un modo assoluto; ma vietando le sostituzioni, l'articolo* 896 *non ha distinto quelle che son fatte puramente e semplicemente, e quelle che son disposte sotto condizione. Il suo precetto è generale, nè deesi creare una distinzione che non sta nella legge: le sostituzioni condizionali son al contrario manifestamente inviluppate nella proibizion generale.* La qual dottrina strettamente uniforme allo spirito ed alla lettera del divisato articolo del codice civile abrogato, è anche sostenuta dalle massime adottate dalla Corte regolatrice di Francia (2).

(1) *Toullier, droit civ. fr. tom.* 5 *n.* 37.

(2) *Tra' molti esempj che potremmo qui addurre, è decisivo il seguente. Giovanni Merendol nel suo testamento del* 17 *agosto* 1807 *instituì erede universale Giuseppe Merendol, ed indi legò* 20,000 *franchi a' signori Giovan Battista Carry ed Alessandro Merendol*, nel caso di morte dell' erede instituito pri-

Son queste le basi su le quali fu eretto il codice civile che osservavasi in tempo dell' apertura del testa-

---

ma dell' età di 24 anni. *Seguita la di costui morte, gli eredi legittimi opposero ai legatarj che il legato a loro favore ordinato fosse una fedecommessaria sostituzione a peso dell' erede Giuseppe Merendol: e da ciò conchiusero per la nullità tanto del legato che della instituzione. Il Tribunal Civile di Marsiglia con sentenza de' 2 giugno 1808 annullò il testamento, deferendo al sistema degli eredi legittimi. La Corte di appello d' Aix con decisione de' 5 giugno 1809 confermò la sentenza, riflettendo che il testatore non avea fatto un semplice legato condizionale ne' termini dell' articolo 1040 del codice, cioè una sola disposizione sommessa ad una condizione eventuale*, ma fece pel contrario (*son le parole della decisione*) due disposizioni successive dello stesso oggetto, poichè prima diede i 20,000 franchi al minore Merendol; ed indi, prevedendo il caso della sua morte prima dell' età di 24 anni, dispose il testatore medesimo di quella somma, e la trasmise a' legatarj.

Nel ricorso in Cassazione i ricorrenti si sforzarono a dimostrare che il legato in contesa non inchiudesse una fedecommessaria sostituzione; ma la Corte

mento di D. Ferdinando Folgori. Quindi è chiaro che nell'assoluto divieto delle sostituzioni fedecommessarie va pur compresa la sostituzione diretta che appellasi *pupillare*. L' impubere per cui si farebbero le seconde tavole, come instituito nella eredità sulla quale, pel caso della di lui morte *in pupillari aetate*, se gli darebbe un sostituito, verrebbe evidentemente ad esser gravato di conservare per restituire. *L'ordine successivo*, ossia l' invito al secondo chiamato per raccogliere la eredità in morte del primo, in tal sostituzione è ma-

Regolatrice tenne fermo alle massime ricevute, e nel dì 8 *giugno* 1812 *profferì la seguente decisione:* » » *Atteso che l' articolo* 896 *del codice civile ha pro-* » *nunziato d' una maniera assoluta l' abolizione delle* » *sostituzioni, il che egualmente comprende tanto quelle* » *fatte condizionalmente, che quelle senza condizio-* » *ne; e che il testamento de'* 17 *agosto* 1807 *rinchiu-* » *de una instituzione di erede in pro di Giuseppe Gio:* » *Battista Alessandro Merendol, ed una sostituzione* » *condizionale in vantaggio di Carry e d' Ambrogio* » *Merendol; donde segue che la Corte di appello* » *d' Aix, dichiarando questa sostituzione nulla, ha* » *ben applicata la disposizione del detto articolo* 896: » *Rigetta il ricorso* ».

nifesto (1). Il sostituito non può per vigor di essa raccogliere la eredità che per l'intermezza persona dell'instituito, e dopo che costui ne avrebbe goduto come proprietario col peso di restituire se mai morisse pria di arrivare alla pubertà. Il sostituito non può *recta via* prender dal testatore la eredità del gravato. Egli la riceve da costui, ove avvenga il futuro ed incerto caso della sua morte in età pupillare.

---

(1) *La morte del gravato suppone che sia trascorso* un tempo *pria della restituzione: la morte del gravato forma per se stessa una condizione*, *L.* 79 §. 1 ff. de condit. et demonstr. *L.* 4 ff. quando dies legat., *il di cui effetto è da una parte di lasciar riposare la proprietà da principio su la testa del gravato, e d'altra parte di fissare questa proprietà, dodo la morte del gravato, su la testa del sostituito: donde risulta* l'ordine successivo *che costituisce la sostituzione vietata.* Rolland de Villargues *sur les substitutions prohibées n.* 49.

§. III.

Si dimostra col paragone de' due sistemi di legislazione antica e nuova.

È questa un' altra dimostrazione, propria a chiarire la buona causa de' legittimi successori dell' estinto marchesino Salvatore Folgori, ed il torto del sostituito in pretendere, che le sostituzioni pupillari ancora durassero.

Il giureconsulto Paolo insegnò che le leggi posteriori *ad priores pertinent, nisi contrariae sint* (1); e questo principio si è sempre applicato, e tuttavia si applica quando d' interpetrazione, non già di correzione si tratti (2). La *contrarietà* delle due leggi impedisce dunque ogni rapporto tra la nuova e l' antica. Questa contrarietà può essere o *espressa* o *virtuale*. La espressa costituisce la formale *abrogazione*. La *virtuale* dà luogo all' *abrogazione implicita*.

Per vedere se una legge antica non abrogata espres-

(1) *L.* 28 *ff. de legib.*

(2) *Ubi de interpretatione, non de correctione agitur.*

samente dalla nuova debba o no sussistere, bisogna osservare se possano conciliarsi: in contrario, ove la posteriore si trovi coll' antica in tutto o in parte insociabile, l' abrogazione implicita della legge precedente è certa nella parte che caratterizza la *contrarietà* formale (1) — Un esempio della esposta teorica lo porge lo stesso Legislatore negli articoli 990 e 991 delle leggi civili (2). Il primo dichiara che un testamento non può essere *nè in tutto nè in parte rivocato se non con un testamento posteriore, o con atto innanzi notaio, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà* — Ecco l' abrogazione, o rivocazione espressa. — L' articolo 991 dice: *I testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti* annulleranno soltanto quelle disposizioni ivi contenute che si trovassero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie — Ecco l' abrogazione virtuale ossia implicita, dipendente dalla *contrarietà formale* de' due testamenti.

---

(1) *V. le decisioni della Corte di Cassazione di Francia de'* 24 *aprile e* 20 *ottobre* 1809, *e Thibaut, syst. de droit du digeste* §. 39.

(2) *Corrispondono agli articoli* 1035 *e* 1036 *del cod. civ. abrogato.*

Vi ha di più. 1. Sovente si fanno delle leggi per motivi ed in vista di circostanze particolari. Queste leggi obbligano finchè dura la causa per cui furon fatte. Quindi allor che quell'ordine di cose più non esiste, e son cessati i motivi che l'avevano determinato, uopo è che la legge che vi si fondava ancor cessi di aver vigore: ed in tal caso trova sede l'aforismo: *cessa la legge quando cessa la causa da cui fu mossa.*

Nasce da questi principj spontanea la conseguenza che, non essendo dalle nuove leggi accolta la patria potestà nel senso che i romani la esercitavano, sia pur cancellato il dritto più privilegiato che ne derivava; cioè quello di sostituire pupillarmente.

I nostri contraddittori non potendo negare la verità della massima *cessante causa cessat effectus*, han detto che a molte eccezioni vada ella incontro, e che per valere sia necessario 1. » che la ragione della leg-
» ge cessi nella sua generalità, e non ne' casi partico-
» lari (1); 2. che la ragione che cessa sia l'unica della
» legge, e tale che questa senza di quella rimanga irra-
» gionevole; poichè se altra ragione duri, tutto che
» non sia la principale, la legge sussiste, nè cessa an-

(1) *Huber. praelect. jur. civ. tom. 2 n. 178.*

» che nel caso che rimanga ragionevole non ostante la
» inesistenza della ragione unica (1).

E bene; tutte queste condizioni s' incontrano per dire che oggidì è interamente cessata la causa dell' antica legge permissiva delle sostituzioni pupillari. Arnoldo Vinnio, da' nostri avversarj frequentemente citato, ci ricorda i motivi di tali sostituzioni in questi termini: *Atque hoc ipsum* (egli dice) *in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum, sed etiam utile visum, heredem testamentarium, et eum, qui patris judicio datus esset, habere, L. 42 ff. de adquir. hered. Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit: propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulae, vivo adhuc et impubere filio aperirentur, §. sin autem 3 in pr. eod.* (2).

La sostituzion pupillare adunque animata dalla patria potestà propria de' romani, che ora più non esiste, poggiava, rispetto al pupillo, sopra due motivi generali ed assorbenti; il primo, che onorifico ed util fosse di morire con un erede testamentario, destinato dal padre;

(1) *Tiraquell. par.* 1. *n.* 178.

(2) *Vinn. in pr. instit. de pupill. substit. n.* 13.

il secondo, che la vita del pupillo dalle insidie degli agnati si garantisce. Ma nè pure questi due motivi van più d'accordo co' principj della nuova legislazione.

Per dritto romano valea la massima *defunctorum interest, ut habeant successores* (1). La successione testamentaria era così prediletta che, temendosi che i molti eredi nominati, tutti rifiutassero la eredità, si sostituiva in ultimo luogo il servo onde costui divenisse necessario erede (2). Ora però, non la testamentaria, ma la legittima successione ha la preferenza: e mentre per lo innanzi la causa intestata era sospesa fino alla diffinizione della testamentaria (3), oggi non sta più in credito questa distinzion di favore. Ora non vi ha disonore morendo senza eredi fattizj; ma pel contrario è molto più onorifico di lasciare i beni a coloro che la legge invita secondo l'ordine del successorio editto.

L' altra ragione della sostituzion pupillare è

(1) *L. 6 ff. de interr. in jure fac.*

(2) *Princ. instit. de vulg. substit.*

(3) *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur — L. 89 ff. de regul. jur. — Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. — L. 39 ff. de adquir. vel omitt. hered.*

anche svanita. Il pupillo orbàto de' suoi genitori va affidato al tutore, il quale ha un sorvegliante nella persona del tutor surrogato (1): trova una tenera protezione nella famiglia che vien convocata secondo il bisogno da un Giudice che la presiede: il pupillo ha in fine un più fermo appoggio nelle cure indefesse del Pubblico Ministero (2); ed in tal modo non vi ha più motivo di garantìa contra le insidie de' voraci agnati.

Da tutto ciò è chiaro 1. che i motivi della sostituzion pupillare per le sopraggiunte leggi son cessati nella loro generalità; 2. che son cessati quei motivi precisamente, che soli potean servire di giustificazione alla legge, la quale ora sarebbe irragionevole e fatua, se l'effetto restasse senza la causa; 3. che non vi ha altra ragione propria a perpetuare siffatta sostituzione, che (se pur voglia dirsi non dell'indole delle fedecommessarie) è tutt'affatto incompatibile col sistema delle nuove leggi. — Quest' ultima considerazione è sostenuta da' seguenti riflessi.

2. Le leggi romane stabilivano che non si potesse testar per un altro: *Veteres decreverunt, testamen-*

(1) *Art.* 420 *cod. abrog. Art.* 342 *e segg. legg. civ.*
(2) *Art.* 177 *delle legg. di proced. ne' giudizj civili.*

forum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere (1). Ma questo stesso principio era nel caso di pupillar sostituzione offeso, perchè davasi al padre il diritto di testar per suo figlio. — Or l'articolo 895 del codice francese, ed il corrispondente articolo 815 delle leggi nuove, vogliono che il testamento sia l'opera della volontà di colui che lo forma, e non versi che su' proprj beni, senza che la limitazione da' romani introdotta si vedesse ammessa. La sostituzion pupillare non è dunque anche sotto questo rapporto una follia?

3. Alla morte di un impubere le leggi romane deferivano la sua eredità a' legittimi successori, ove però non vi fosse un pupillar sostituito: e siccome avea il padre la facoltà di sostituire anche un estraneo, nacque la quistione se alla madre superstite fosse dovuta o no la legittima (2) — Ma il nuovo Legislatore non ha stimato proprio di privare i congiunti delle successioni cui son per dritto di sangue invitati. In tutto il

(1) *L.* 32 *ff. de hered. instit.*

(2) *V. la L.* 8 §. 15 *ff. de inoff. testam. e le LL.* 30 *e* 32 *cod. eod. Zoes. in comment. ad tit. ff. de pupill. substit. Vinn. ad pr. instit. eod. n.* 11. *Heinnecc. in eod. tit. instit.* §. 563 *.

titolo delle successioni intestate non si legge alcuna derogazione al sistema stabilito per acquistarsi da' più prossimi in parentela i beni de' congiunti, che senza testamento morissero (1).

Or se le sostituzioni avessero voluto conservarsi, sarebbe stato di stretta necessità lo esprimere questo caso di eccezione a' principj regolatori delle successioni intestate. Il Legislatore non ha dichiarata la eccezione perchè non l'ha voluta; e l'aggiugnerla per limitare l'effetto di un sistema generale, sarebbe il massimo degli arbitrj.

4. Per non abusare della pazienza de' leggitori, noi restringiamo la dimostrazione delle difformità che s'incontrano tra i due sistemi di legislazione per giudicare che l'antica è virtualmente abrogata dalla nuova. Adduciamo però un altro solo argomento tanto più forte, perchè egregiamente sostenuto da' lumi del principal difensore del sostituito Folgori.

Se il codice civile non riprovasse la pupillare, bisognerebbe che ne segnasse il periodo, e ne determinasse con precisione il confine. Sarebbe stato dunque necessario di additare il termine della pubertà. Ma per dimostrare che il codice medesimo, lungi di ammetter

(1) *V. gli art. 731 e segu. del cod. civ. abrog.*

la pubertà, solo distingue le persone fra minori e maggiori, ecco come quel difensore del sostituito si espresse nella sua elaborata scrittura a difesa del principe di Strongoli D. Francesco Pignatelli.

» La pubertà (*si dice*) del diritto nuovo è po-
» sta a' 18 anni (1). Ma riconosce pubertà il dritto
» nuovo? Egli non ne conserva nè la parola, nè la
» nozione. La voce *pubertà* non si truova affatto nel
» nuovo codice. In quanto alla nozione, pubertà si-
» gnificava nel dritto romano quella età, col princi-
» piar della quale cominciava l' uomo ad essere o a
» riputarsi atto alla generazione; cominciava ad essere
» abilitato a contrar nozze; ad esser capace della fa-
» zione attiva del testamento; ad esser libero dalla
» tutela, dove non fosse figlio di famiglia; ad essere
» autorizzato dalla legge all' amministrazion della sua
» roba, poichè curator non si dava a chi nol voleva.
» Or mi s' indichi nel dritto nuovo un punto della
» vita, nel quale concorrano i cominciamenti di tutte
» le dette facoltà. Questo punto di coincidenza non

(1) *L' assunto che si confuta è precisamente quello che per appoggiare la causa del sostituito si vien ora a sostenere. Ma la verità che si dimostrava nel* 1816, *non è certamente rosa dal tempo*!!

» esiste in esso. La facoltà di generare non si è certo
» spostata dall'epoca, che le ha la natura assegnata:
» le leggi degli uomini non comandano alla natura. La
» tutela finisce agli anni ventuno, e la emancipazione
» può aver luogo ne' quindici (cod. civ. art. 388 e
» 477). La facoltà di far testamento comincia limita-
» tamente dopo i sedici (art. 904). Quella di con-
» trar nozze dopo i diciotto (art. 144). Nozione
» quindi di pubertà manca nel dritto nuovo egualmen-
» te, che la parola. Donde dunque prenderemo, se
» non dalla nostra immaginazione, una pubertà del
» nuovo diritto, di diciotto anni, per far più gravosa
» con essa una singolarità del diritto romano?

» Che se per pubertà si voglia intendere in più
» limitato senso la età atta alla generazione, questa,
» siccome s'è osservato, non dipende dalle leggi, nè
» si diparte da' confini postile dalla natura; ed è ben
» diversa dalla età delle nozze, ch'è tutta civile, e
» può variare, secondochè variano le mire politiche
» de' Legislatori. *Platone*, legislatore ancor egli di una
» repubblica, che esisteva nella sua mente, la poneva a'
» diciotto anni nelle femmine, ed a' trenta ne' maschi.
» *Aristotile* nel consigliare i Legislatori veri, voleva gli
» stessi diciotto anni nelle femmine, ma ne' maschi ne
» pretendeva 36. Dirassi perciò, che secondo *Platone*,

» ed *Aristotile*, non fosse la donna capace di generare » a' 17, e l'uomo a' trentacinque, o a' 29? (1).

Dopo queste pregevolissime nozioni sarebbe una vera temerità il sostenere che le sostituzioni pupillari sieno col nuovo codice compatibili. E quindi ben fecero i primi Giudici nel definirle avvolte nell' ampio divieto dell' articolo 896, aggiungendo che questo » ri- » cev' ancora una spiega, ed una dilucidazione mag- » giore dalle limitazioni che vi sono aggiunte; giacchè » se tra l' eccezioni va la erezione de' maggiorati col » permesso Sovrano; vanno le sostituzioni di primo » grado a pro de' figliuoli del figlio, o del fratello; va » la stessa sostituzione volgare; è forza il dire, che la » sostituzion pupillare, non espressa nelle eccezioni, » resti compresa nella regola generale, e faccia parte » delle sostituzioni proibite (2).

---

(1) *Pag.* 87, 88 *ed* 89 *della scrittura titolata* = Difesa del signor principe di Strongoli D. Francesco Pignatelli contra di chi pretende usurparne il grado, *impressa pe' tipi di Angelo Trani, colla data de'* 28 *settembre* 1816.

(2) *Pag.* 101 *in fin. della sentenza del Tribunal Civile, impressa a cura de' Pignatelli.*

§. IV.

Si dimostra colle autorità.

Abbiamo da principio dubitato se ci convenisse ricorrere al presidio delle dottrine in una quistione che, a favore de' legittimi successori del defunto marchese Salvatore Folgori, è luminosamente risoluta dalle ragioni testè esposte. Ma siccome si è fatto abuso di molte autorità nel disegno di accreditare la tolleranza delle sostituzioni pupillari non ostante la loro incompatibilità col sistema delle nuove leggi, ci è dovere di far conoscere che gli autori cui si ricorse, nuocono; e non giovano alla causa del sostituito.

Gl' interpetri dottrinali, invocati da' nostri contraddittori sono 1. Merlin; 2. Toullier; 3. Delvincourt; e 4. Villargues — Vediamo per ordine se veramente costoro sieno campioni della pupillare.

I. L' autorità di Merlin è la seguente: « La substitution pupillaire a été abrogée, dans les pays de » droit écrit, par l' art. 61 de la loi du 17 nivose an » 2; e le code Napoléon ne l' a pas rétablie. — Du » reste, la substitution fideicommissaire étant aujourd' » hui prohibée, on sent bien qu' une substitution nul-

» LE COMME (1) pupillaire, ne pourrait plus valoir com-
» me fideicommissaire (2).

Ecco la traduzione imparziale di questa dottrina — « La sostituzione pupillare fu abrogata, ne' paesi » di dritto scritto, dall' articolo 61 della legge de' 17 » nevoso dell' anno 2; ed il codice Napoleone non » l' ha ristabilita. — Del resto la sostituzione fedecom- » messaria trovandosi presentemente vietata, si vede » bene che una sostituzione *nulla come pupillare*, non » potrebbe valer più come fedecommessaria ».

Or è chiaro di avere il giureconsulto francese insegnato 1. che la *sostituzione pupillare fu abolita, ne' paesi di dritto scritto, dalla legge de'* 17 *nevoso anno* 2 (ciò prova soltanto l' epoca dalla quale ebbe principio l' abrogazione); 2. *che il codice civile non l' ha ristabilita* (non già che l'abbia dimenticata, come di testa loro gli avversarj asserirono: il codice ne confermò ne' suoi motivi l' abolizione; per cui con molta esattezza disse Merlin che la proscritta sostituzione non

(1) *Queste due parole essendo sfuggite alla diligenza de' nostri contraddittori, forse contribuirono a far credere che Merlin favorisse l'assunto che essi impresero a sostenere.*

(2) *Merlin repert. Substitution directe §.* 2 *n.* 16.

erasi ristabilita); 3. *che la sostituzione fedecommessaria era vietata, e quindi la pupillare nulla non potea sostenersi come fedecommessaria* (questa osservazione è giudiziosa, poichè sanno tutti che la pupillare nulla si obbliqua in fedecommesso. — Merlin non intese, nè volle dir altro, se non che una sostituzione pupillare sarebbe stata sotto ogni rapporto inefficace, non potendo oggidì nè anche volgersi in fedecommessaria).

II. Toullier disse: » Conoscevasi ancora un tem-
» po nelle provincie di dritto scritto la sostituzione
» pupillare per la quale un padre, che aveva de' fi-
» gliuoli in potestà, ed in età pupillare, poteva fare
» il lor testamento, facendo il suo; e sostituire un' al-
» tra persona per succedere a' suoi figli, in caso che
» essi morissero prima di poter testare, cioè a dire,
» prima della pubertà. Ed in oltre vi era la sostituzio-
» ne esemplare, mercè della quale il padre nominava
» l' erede al figliuolo (mentecatto). L' una e l' altra
» furono abolite dalla disposizione generale dell'articolo
» 61 della legge del 17 nevoso anno II (1).

Vedesi da ciò che Toullier non ha mai detto che

(1) *Toullier, droit civ. liv.* 3 *tit.* 2 *chap.* 1 §. 17 *not.* 1.

il codice abbia servato il silenzio intorno alla sostituzion pupillare; nè potea dare in questo errore, poichè gli avrebbe fatto grandissimo torto la ignoranza della *discussione* su la legislazione nuova. Toullier parlò dunque della sola origine dell' abrogazione delle due dirette sostituzioni *pupillare* ed *esemplare*.

III. *Delvincourt* ha recentemente pubblicato un compendio del diritto romano (1), ove ha fatto in brevissime note avvertire i cambiamenti dalla nuova legislazione introdotti. Questo dotto professore fissa le differenze della pupillare e della fedecommessaria *secondo i principj del dritto romano* che di proposito imprese a spiegare; ed indi in una nota aggiugne: » la sostitu-
» zion pupillare è del tutto ignota nel nostro dritto;
» *la substitution pupillaire est totalement inconnue dans*
» *notre droit* (2), cioè a dire (soggiungono arbitraria-
» mente gli avversarj) nè *permessa*, nè *proibita*.

Ma in tal modo si snatura il senso vero della esposta nota di *Delvincourt*. Costui dir non potea che la sostituzione non era proibita, perchè (a sentimento degli stessi nostri contraddittori) vi stavano i divieti anteriori al codice. Dunque la voce *inconnue* (*scono-*

(1) *Jur. rom. elem. Parisiis* 1818.
(2) *Pag.* 170 *in fin.*

sciuta, *incognita*, *ignota*), non vuol dinotare altro, se non che la pupillare non facea parte del diritto francese; e ciò potea dipendere, come effettivamente dipende, dalle ragioni generali che fecero rigettarla —. Può anche darsi alla voce *inconnue* un senso più pratico, e forse anche più ragionevole. *Delvincourt* ha pubblicato i suoi elementi di dritto romano nel 1818, dopo moltissimi anni di osservanza del codice civile, sotto la di cui azione non potevasi più ordinare una sostituzion pupillare. Dunque premendo al giureconsulto di avvertire qual uso dovesse farsi delle leggi romane che la regolavano, disse che tal sostituzione era *ignota*; e ciò nel senso di non praticarsi dall' epoca in cui il codice civile sorgendo, volle dare a' genitori il solo diritto di sostituire a' nipoti nella quota disponibile, a termini dell' articolo 1048, negando loro ogni altra sostituzione o d' indole, o di qualità diversa.

IV. *Villargues* finalmente è da' nostri avversarj citato, non perchè dica di esser permessa la sostituzion pupillare, ma per averla una volta sola nominata per incidenza nel suo trattato de' caratteri delle vietate sostituzioni; come perchè indaga la natura della sostituzione fedecommessaria ravvisandola *nel gravame di restituire*

ad un terzo (1); e ripone il bersaglio dell' avversion de' moderni circa i fedecommessi nella *inalienabilità de' beni per un lungo tempo* (2).

Ma vuolsi primieramente osservare che *Villargues* non è nella classe degl' interpetri dottrinali *celebrati*, come i difensori del sostituito si avvisarono di definirlo. *Villargues* è un giovane magistrato, lodevole pe' suoi sforzi onde distinguersi, ma non ancora indurito nello studio delle leggi positive. È perciò che la sua opera titolata ». *de' caratteri delle sostituzioni proibite*, contiene non pochi errori; ed è anche perciò ch' egli si pronunzia colla stessa facilità colla quale si ritratta (3).

Altronde, se pure la testimonianza di *Villargues* fosse autorevole, nulla proverebbe nella specie in cui versiamo. Egli per non aver avvertito che la pupillare è vietata, non ha perciò detto che sia permessa. *Villargues*, o ha ritenuto che tal sostituzione era proibita, perchè il divieto esisteva letteralmente nella legge de' 17 nevoso, e ne' motivi del codice; o non ha stimato parlarne di proposito. Ad ogni modo un autore che

(1) *Chap.* 3 *n.* 29.

(2) *Chap.* 4 *n.* 38 *in fin.*

(3) *V. Toullier*, *droit civ. tom.* 5 *pag.* 44 *n.* 1 *Paris* 1821 — *e Sirey vol.* 19 *part.* 2 *pag.* 58.

nulla dice sul pro, o sul contra, si può prender mai per campione dell' una, o dell' altra sentenza?

Segue da questa severa analisi delle autorità di cui i nostri contraddittori si valsero, che la sostituzione pupillare è riprovata dal codice civile, ne è andata a genio di alcuno de' suoi interpetri. *Maleville*, che nella qualità di Consigliere di Stato intervenne nella discussione e cooperò alla formazione delle nuove leggi, anche dichiara che le sostituzioni pupillari furon per effetto dell' articolo 896 avvolte nel divieto (1); nè vi ha autore che dicesse il contrario (2).

---

(1) *Maleville sull' art.* 896 *del cod. civ. franc. dice:* Il nostro codice nell' articolo riportato di sopra abolisce di nuovo le sostituzioni fedecommessarie, pupillari, ed esemplari.

(2) *V. Sirey nella sua collez. di giurispr. vol.* 16 *part.* 2 *pag.* 102.

§. V.

Si dimostra cogli esempj.

Anche la cosa giudicata concorre a stabilire la verità di esser la pupillare avvolta nel divieto delle sostituzioni d' ogni natura, ed incompatibile co' principj regolatori delle novelle leggi.

La Corte di appello di Turino nel 1 febbraio 1806 escluse la pupillare, che voleasi eguagliare ad una mera instituzione condizionale, dicendo: » Attesochè esistono tra le pupillari, e le instituzioni con» dizionali si notevoli differenze, che non è permes» so di argomentare dalla conservazione delle seconde, » stabilita nel codice civile, alla conservazione delle » prime, delle quali non fa parola — Attesochè sì » fatta induzione sembra tanto meno ammessibile, che » il codice civile in niun luogo permette di testar per » un altro; il che avviene nella sostituzione pupilla» re, colla quale il padre testa per suo figlio, se co» stui muoia all' età indicata dalle leggi romane ec. » ec. (1).

(1) *Tal decisione è registrata in Sirey vol.* 6 *part.* 2 *pag.* 102.

Gli stessi principj adottò la Corte di Cassazione di Francia nella sua decisione di rigetto de' 23 maggio 1808, profferita sul rapporto del signor Pajon (1).

La suddetta Corte di appello di Turino con altra decisione del 13 febbraio 1810 non solo ritenne le sue prime massime, ma disse in oltre che le sostituzioni pupillari, scritte pria del codice, erano annientate per l'apparire di esso, ove la morte del pupillo sotto l'azion delle nuove leggi fosse avvenuta (2).

Finalmente anche la nostra Gran Corte Civile nella causa della successione del barone Calfapetra riconobbe il divieto della pupillare dopo la promulgazione del codice civile (3).

Or che altro si vuole da D. Nicola Folgori per dirsi vinto?

---

(1) *Può leggersi questa decis. in Merlin repert. Substitution fideicomm. sect.* 8 *in fin.*

(2) *Questa seconda decisione della Corte di appello di Turino, della quale per amor di brevità non trascriviamo i* considerando, *è registrata nel vol.* 13 *di Sirey part.* 2 *pag.* 328.

(3) *Sì fatta decisione, del pari che la sentenza resa dal Tribunal Civile nel* 30 *gennaio* 1818, *e che fu confermata, son riportate a disteso nell'alle-*

§. VI.

Si dimostra che se anche vero fosse di essere in Francia la pupillare abolita non dal codice novello, ma da leggi preesistenti, non perciò potrebbe presso di noi ricorrersi al dritto romano per sostenerla.

È dottrina de' nostri avversarj che il codice civile in Francia, essendo succeduto alla legge del 17 nevoso anno 2 che abolì la pupillare, non ne abbia fatto più motto; e quindi presso noi non potendosi nel silenzio di quel codice ricorrere a sì fatta legge particolare che mai non adottammo, dovesse consultarsi il dritto romano, allo stesso modo che le antiche leggi si adattano in tutte le materie omesse ne' nuovi codici; ed all'uopo si è recato in mezzo l' esempio dell' *enfiteusi*, la quale, perchè non contemplata dal codice abolito, seguitò ad esser regolata dalle vecchie leggi (1). — Questo specioso ripiego non ha alcuna solidità.

---

gazione scritta per D. Francesco Folgori in prima istanza, pag. 126 *e seguenti.*

(1) *V. le pag.* 192 *e segu. dell' allegazione scritta pel sostituito Folgori in prima istanza.*

Pria di tutto, bisogna notare che la enfiteusi non era *caso*, ma *materia* omessa nelle leggi francesi; e sotto tal rapporto dovevasi necessariamente ricorrere alle leggi antiche (1). E pure, potendo l'enfiteusi comprendersi nella disposizione generica di rendite fondiarie, non fu permesso farsi irredimibili, e vennero subordinate all'articolo 530 del codice civile. Sua Maestà, mentr'era il codice civile provvisoriamente in vigore, non altrimenti accordò a' luoghi pii le enfiteusi su le case, che serbata la legge vigente dell'affrancazione. Ed è ciò tanto vero che nelle nuove leggi, adottandosi nell'articolo 453 la disposizione del riferito articolo 530 del codice civile, vi si portò una eccezione per le rendite enfiteutiche, la quale non può essere retroattiva, anche per le parole della legge » *saranno regolate* », che sono evidentemente indicative di un tempo futuro.

Lo stesso non può dirsi per le dirette sostituzioni, le quali furono contemplate dal Legislatore, e di esse la sola volgare fu conservata. A che si parla dunque di silenzio nel disegno di consultare i principj antichi?

Ma poi, che analogia può esservi tra contratti e testamenti? Un patto, perchè di dritto naturale, vale

(1) *V. il decreto de' 22 ottobre* 1808.

ove non sia dalla legge proibito. Un testamento, una sostituzione, un fedecommesso, perchè dipende meramente dal dritto civile, non può valere se da questo non sia permesso.

Del resto, a confutare pienamente l' argomento de' nostri contraddittori, giova riportar quì la dottrina autorevolissima del Consigliere Maleville, onde si conosca una volta che debba intendersi per materia trattata nel codice.

Nell' articolo 7 della legge del 30 ventoso anno 12 relativa alla osservanza del codice medesimo, si disse « A contare dal dì in cui queste leggi (contenute nel codice) saranno esecutorie, le leggi romane, le ordinanze, consuetudini, statuti ec., cessano di aver forza di legge generale e particolare nelle materie che son l' oggetto di dette leggi che compongono il codice civile ». Maleville avverte che molto si travagliò in due sedute del consiglio di Stato per congegnare così l' articolo; e quindi conchiude: » La corte di cassazione non può cancellare una sentenza che abbia violata la legge dell' anno settimo sulle ipoteche; perchè la materia delle ipoteche è trattata nel codice civile. Parimenti non può annullare una sentenza, che abbia violate le disposizioni a causa di morte contenute nell'ordinanza del 1735,

» perchè le formalità e gli effetti di queste son rego-
» late dal codice civile; e va discorrendo ».

» Non credo neppure che si possa prender motivo
» di annullare un giudizio, perciocchè non si sia os-
» servato qualche articolo di alcune leggi precedenti,
» il quale non sia stato precisamente rivocato dal co-
» dice ne' titoli ove si scorge trattata la materia di que-
» ste leggi. Basta che cotesta materia formi l' obbietto
» di uno de' titoli del codice, perchè ogni legge ge-
» nerale o particolare sul medesimo argomento cessi
» di essere obbligatoria. Il nostro articolo lo dice
espressamente (1) ».

Si aggiunga a questo solido ragionamento la circostanza, che la sostituzion pupillare, mentre fu formalmente esclusa nella discussione del codice civile, resiste a' principj che regolano le successioni testamentarie, e si avrà piena la dimostrazione del torto de' nostri contraddittori in pretendere che pel silenzio del codice medesimo debba presso di noi ricorrersi al dritto romano.

(1) *Maleville in fine dell' analisi del cod. civ.*

PARTE QUINTA.

La pretesa pupillare, se anche fosse ammessibile, si estinse appena che D. Salvatore Folgori compì l'anno 14.°, o tutto al più il 16.°

Si usi pure verso il sostituito la massima generosità. Fingasi che la pupillare ch' ei vagheggia non sia oggidì nè fedecommessaria di sua natura, nè viziata da' fedecommessi da' quali è cinta. Fingasi in oltre ch' ella regger potesse sotto l' azione del codice civile, mentre si è dimostrata incompatibile con tutto il sistema che lo anima. Domandiamo: la vita di sì fatta pupillare sarebbe eterna? A questa interrogazione l' apparente utilità di tutta la nostra indulgenza svanisce, e la causa del sostituito andrà incontro a rischi più gravi. La pupillare è spenta, perchè il pupillo morì dopo esser pervenuto alla pubertà limitata da' romani, e quando già per le nuove leggi avea fatto acquisto della capacità di testare. Si passi a dimostrarlo.

§. I.

La pupillare in quistione si estinse al 14.° anno di D. Salvatore Folgori.

La vita della sostituzion pupillare non va oltre la impubertà; e questa non cessa che agli anni 14 ne' maschi, a' 12 nelle donne (1). Sì fatta verità legale è insegnata da Giustiniano, dicendo: *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: foeminae usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit* (2). E lo stesso avea pur detto Ulpiano nel principio della legge 2 *ff. de vulg.*: *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quotuordecim annos perveniant, foeminae ad duodecim.*

E la ragione di ciò è semplicissima. La sostituzione pupillare fu principalmente inventata per dare all' impubere, che non può far testamento, l'onore di morire con un erede testamentario (3). La capacità di te-

(1) *L.* 41 §. 1 *ff. de vulg.*

(2) §. 8 *instit. de pupill.*

(3) *Nam moribus institutum est, ut cum ejus ae-*

stare acquistavasi presso i romani a' 14 anni pe' maschi, a' 12 per le donne: *A qua aetate*, dice Ulpiano (1), *testamentum vel masculi, vel foeminae facere possint, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum*. In conseguenza, cessando a tale età la causa finale della pupillare, era d'uopo che questa pur si estinguesse.

Nè la vita di sì fatta sostituzione poteva esser dal sostituente ampliata (2). Un padre potea sostituire al figlio oltre la pubertà, non già pupillarmente, e con parole dirette, ma solo per fedecommesso: *Verbis civilibus*, dice Papiniano, *substitutionem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit* (3).

---

tatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciunt. Instit. de pupill. in fin. princip.

(1) *L. 5 ff. qui testam. fac. poss.*

(2) *In pupillari substitutione, licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertati L.* 14 *ff. de vulg. — Maxime autem deficit substitutio pupillaris, quum pupillus cui substitutum est pubertatem attigit — Pothier pand. Justin. in eod. tit. n.*53.

(3) *L. 7 ff. eod.*

Questa regola non soffriva eccezione che pe' soli militari; e l'esempio si ha dallo stesso giureconsulto. » Un centurione, egli dice, sostituì con parole dirette a' figli, pel caso che morissero pria di arrivare al 25.° anno. Questa sostituzione non cade. Però se il figlio muore pria di 14 anni, la sostituzione varrà come pupillare, ed il sostituito, *ex jure communi*, prenderà tutt'i beni del padre e del figlio; ma se costui lasci la vita oltre la pubertà, il sostituito conseguirà, *ex privilegio militum*, i soli beni del sostituente co' frutti esistenti nella successione (1) » — E Pothier nota: *Idest, capiet bona testatoris, tamquam heres immediate ipsius te-*

(1) *Ecco la legge*: Centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint, directo substituit: Intra XIV annos etiam propria bona filio substitutus jure communi capiet: post eam autem aetatem ex privilegio militum patris dumtaxat, cum fructibus inventis in hereditate, *L.* 15 *ff. de vulg.* — *In pruova che questo privilegio non potea in alcun caso estendersi alle sostituzioni fatte da' pagani, vedete Cujacio comment. in tit. cod. de impub. etc. in L. precibus tuis manifestius; e comment. in lib. VI respons. Papin. ad L.* 12 *ff. de vulg. et pupill. substit., in fin.*

statoris : qui ex privilegio militum potuit et filium ad certum tempus, et hunc post illud tempus heredem facere (1).

Premessi questi principj, come mai si è potuto insistere per l'effetto di una pupillare che svanì colla impubertà di Salvatore Folgori? Costui È MORTO NELLA ETA' DI 17 ANNI COMPITI! quando già la sostituzione che dicesi ordinata pupillarmente dal padre, era estinta da tre anni! Dunque le quistioni, che con tanto impeto si discutono, son tutte accademiche, perchè i Giudici mancano della *materia giudicabile*, cioè della sostituzione pupillare che si pretende valida, tuttavia esistente alla morte del marchesino Folgori, ed ancora efficace.

(1) *Pothier pand. Justin. in tit. instit. de vulg. et pupill. substit. n.* 54 *not.* 3.

§. II.

I nuovi statuti personali, prorogando la incapacità a testare, non hanno allungata la pupillare — Obbiezioni — Risposte.

Non possiamo, nè dobbiamo negare che le qualità civili delle persone, sono alterabili come le leggi dalle quali dipendono. A' nuovi statuti personali è dato per tal ragione il privilegio della retroattività, o, per dir meglio, non possono esser accusati di retroattività togliendo, o restringendo i dritti che le leggi dello stesso genere aveano precedentemente conceduti. Il possesso di questi dritti era precario, perchè legato alla durevole esistenza di una legge che poteva, per motivi di pubblica utilità, esser abrogata da una legge nuova.

Ma lo statuto personale introdotto nel 1809 non ha che fare colle sostituzioni. La pretesa retroattività è per gli effetti della legge, non per le disposizioni degli uomini. Laonde la vita di una pupillare scritta sotto l'imperio del dritto antico, non può esser allungata o ristretta dalle novelle leggi personali, perchè in ognuno di questi casi *deficit voluntas*; e sarebbe improprio che una sostituzione fosse animata non

dalla volontà del testatore sostenuta dalla legge, ma dalla sola volontà della legge senza quella dell' uomo. Il marchese di Ducenta, quando ordinò la sostituzione al figlio, conosceva che la durata di essa non potea sorpassare la impubertà limitata a' 14 anni. Come questo disegno andrebbe fallito sotto l' azione delle nuove leggi, che, se anche tollerassero la pupillare, non definiscono in alcun luogo la pubertà?

Sopra le autorità del Goveano, e di Scipione Gentile i nostri avversarj han procurato di sostenere che, quando lo statuto allunga la incapacità dell'impubere, la pupillare dev' esser anche protratta. Ma questi autori non giovano, perchè, lungi dal parlare di sostituzioni ordinate prima della legge che intervenga per render più esteso il periodo della incapacità degli uomini, fingono che la sostituzione si faccia sotto l' azione del nuovo statuto: in questo caso è forse giusto di presumere che il sostituente voglia dare alla pupillare la stessa durata della incapacità del figlio stabilita dalle nuove leggi; mentre nel caso inverso, cioè quando la pupillare fu ordinata sotto l' azione dello statuto antico, la estensione, o prolungamento della pupillare, non sarebbe accreditato nè dalla espressa, nè dalla presunta volontà dell' uomo.

Che sia così, ecco le due autorità cui si ricorse.

La risposta di Bartolo che disse di non potersi la pupillare estendere in niun caso oltre i 14 anni, sembrò oscura al Goveano, il quale volle sostituirvi la sua, dicendo: *Circa secundum, quod Bartolus requirit, ut sit impubes is, cui fit pupillaris substitutio; quaerit si statuto et lege municipali caveatur, ut minor vigintiquinque annis testari non possit, substitui pupillariter filio possit; et ita substitui, ut pater familias effectus, decedens intra XXV annum, heredes habeat, quos ei pater dedit. Ad quam quaestionem Bartolus obscure respondet, ut vix intelligi possit. Ego respondeo, substitui posse, si intra XXV annum filius decedat: sed natis postea liberis, extingui eam substitutionem, ut et illam quae furioso fit. L. ex facto. Infra eod. L. Humanitatis cod. eod. Et directam eam fore substitutionem, non exemplarem uti Bartolus existimat. Ubi enim eadem ratio est, idem jus statui oportet* (1) —. Si tratta dunque di una pupillare ordinata sotto l' impero del nuovo statuto, che allunga lo stadio della incapacità a testare! non di una pupillare disposta allor che durava l'imperio delle leggi romane, secondo le quali la incapacità cessava a 14 anni!

(1) *De vulg. et pupill. ad L.* 2 §. 1.

Scipione Gentile notò: *Pupillariter substitui non licet ultra annos pubertatis, id est quatuordecim vel duodecim, ut recte Bartolus, quem alii sequuntur, censuit . . . . Nisi tamen municipali lege pubertas extenderetur ad plures annos, quam XIV vel XII. Tunc enim liceret usque ad illud tempus pupillariter substituere, sicut olim apud Germanos; quorum longissima erat pueritia*, ut Pomponius Mela, *sive inexhausta pubertas*, *ut* Cornelius Tacitus; *maximaeque laudis erat impuberem diutissime permansisse* (1). Scipione Gentile dunque parla anch' egli del dritto a sostituire oltre la pubertà de' romani in un paese, ove per ragioni di clima esista uno statuto che trasporti la impubertà oltre gli anni 14 pe' maschi, e 12 per le donne. E queste autorità possono mai accrescer la vita di una sostituzione che fu scritta sotto il dominio delle leggi antiche! Vedasi la differenza del caso di Folgori da quelli trattati dal Goveano, e dal Gentile, e sarà chiaro che la singolare opinion di costoro non giova, ma nuoce.

Del resto, tolti via di mezzo i due delirj del Goveano, e di Scipione Gentile, è dottrina comune

(1) *Gentil. de pupill. substit. cap. II, Ut sit impubes.*

tra gl'interpetri ed i DD., che quando uno statuto allunghi la incapacità di testare, ossia la determini ad una età più estesa de' 14 anni pe' maschi, e 12 per le donne, il padre non può sostituire pupillarmente che fino a questa età. Ecco all' uopo la squisita dottrina del Gomez: *Item etiam ex praedictis se offert notabilis difficultas, si lege vel statuto caveatur, quod minor viginti quinque annis non possit testari, an ei possit pater pupillariter substituere? et breviter dico quod non, quia quando aliter quam ex defectu pupillaris aetatis, filius impeditur testari, non reperitur in jure cautum, quod pater possit ei substituere. Item quia in illa aetate regulariter potest habere filios, pro qua sententia et conclusione facit bene text. in L. ex facto infra isto tit. text. in L. humanitatis cod. eod. et tenet expresse Bartolus in L. 2 infra isto tit. 2 col. et 2 quaest. n. 5 et super eo tenent ibi communiter DD.* (1).

Per forzare la volontà del testatore alla più lunga vita della sostituzione da lui ordinata, si è voluto an-

---

(1) *Gomez. Var. Resol. cap. IV De substit. pupill. n. 5. Ved. anche il Fusari de substit. quaest. 102 n. 6 et seqq., e i DD. da lui in gran copia citati.*

che dire che egli alla formola *si filius in pupillari aetate decesserit* aggiunse la parola *ab intestato.* » Questa parola non è oziosa, gridano gli avversarj (1),
» ma indica il motivo della ordinata pupillare. Ella
» importa la spiegazione della sua intenzione: *Perchè*
» *mio figlio dovrà correre un' età, nella quale mor-*
» *rebbe ab intestato, se io non gli facessi il suo te-*
» *stamento; gliel fo io per tutta la detta età* ».

Altra volta la parola *ab intestato* si ebbe per una espressione fatua, perchè noi da principio credemmo poterne trarre la pruova che il sostituente avea fatta non una pupillare, ma una *compendiosa.* Fummo notati, e corretti da' difensori del sostituito, i quali insegnarono che » non son cose disgiunte, o tra
» loro opposte il morire in età pupillare e il morire
» intestato. Anzi sono congiuntissime, e sì connesse
» tra loro, da non potersi separare, come la cagion
» necessaria, e l' effetto; essendo effetto della età im-
» matura il non poter testare. Talchè sembra anzi chia-
» ro, che con quella giunta (senza trovare in essa un
» pleonasmo vizioso, che non sarebbe gran fatto in
» una scrittura forense) abbia voluto il testatore ac-

(1) *Pag.* 252 *in fin.* e 253 *dell' allegaz. scritta pel sostituito Folgori in prima istanza.*

» cennare il motivo legale della pupillare; cioè per-
» chè il pupillo non può fare il testamento a se stes-
» so. Se il testatore avesse aggiunto all' *ab intestato*,
» come in tanti testamenti si legge, *il post quando-*
» *cumque*; or sì che in questo caso l'alternativa vi si
» richiederebbe a disgiungere i due tempi diversi; e
» sarebbe lecito aggiungerla, perchè il senso non
» potrebbe correr senz' essa. Questo è il caso del ne-
» cessario supplimento, giustamente permesso dalle re-
» gole legali; ma tutto alieno dal caso nostro, come
» ne sono aliene le leggi, che si citano per sostenere
» l'audace interpolazione (1) ».

Or chi avrebbe potuto ideare che dopo un rimprovero sì amaro, i nostri contraddittori avessero voluto far capitale della parola *ab intestato*, onde provare che la volontà del testatore non manca nello estendersi la durata della pupillare! Se l'*ab intestato* è una voce superflua, o tutto al più propria ad additare il motivo di tal sostituzione, non si può, in un testamento *pagano*, sfuggire il divieto della legge in sostituire per una età oltre i 14 anni pe' maschi, e 12 per le donne;

(1) *Pag. 61 e 62 dell' allegaz. scritta pel sostituito Folgori in prima istanza.*

Et si hoc tempus excesserit, substitutio evanescit (1).

Finalmente si è assunto che ora la pupillare antica, la quale cessava alla pubertà semplice, cessar deve alla pubertà piena, cioè a' 18 anni; e per appoggiare questa novella teorica si è principalmente chiamata in ajuto la legge *Mela ait* 14 *ff. de alimentis legatis* (2).

Ma per dar credito e vita a questa escogitazione si dovrebbe supporre nella legge la facoltà di testare per gli uomini, mentre al contrario ella sta per assicurare l' effetto delle loro disposizioni, e per regolare le successioni in mancanza di testamenti. Or il marchese D. Ferdinando non potea nel 1801 volere una sostituzion pupillare oltre i 14 anni, senza uno spirito di profezia che gli avesse presentate alla mente le novità legislative del 1809!

Spiace poi che i nostri contraddittori, conoscendo che la pupillare de' romani finiva a'14 anni, oppongano a' chiari stabilimenti proprj di essa gli alimenti legati, quantunque non si tratti di alimenti. Da questo *bellissimo esempio* essi dunque desumono che la sosti-

(1) §. 8 *instit. de vulg. et pupill.*

(2) *Pag.* 236 *e* 247. *dell' allegaz. scritta pel sostituito Folgori in prima istanza.*

tuzion pupillare non finiva più a' 12 anni per le donne, ed a' 14 per gli uomini, ma a' 14 per le prime, a' 18 per gli altri, a motivo che Adriano *favore alimentorum* così prescrisse, seguendo l'esempio che fino a tale età gli alimenti somministravansi a' poveri orfanelli da' pubblici luoghi di beneficenza. Che bel modo di generalizzare gli stabilimenti singolari! Ciò che è per dritto singolare stabilito *pro libertate*, *pro dote*, *pro alimentis*, divien dritto comune per ogni cosa! Giustiniano dunque nel formar le instituzioni, e nel compilar le leggi, non fu esatto nel dire che la sostituzion pupillare svaniva nel 12.° e nel 14.° anno, mentre finir dovea nel 14.° e nel 18.°!

Ma ciò non è tutto. La legge *Mela ait* parla de' testatori che legarono avendo presente l'esempio degli alimenti che davansi dal pubblico a' fanciulli, onde si fa ivi una interpetrazione della loro volontà: *Si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi.* Dunque si parla di un testatore che potè essere indotto dall' esempio, cioè di chi dispose dopo Trajano che tali alimenti concesse; non già di uno che per lo innanzi disposto avesse: in questo caso non concorre la volontà del testatore, che unicamente determina il legato degli alimenti, poichè i testatori non indovinano il futuro: *Deficit voluntas.*

Altronde nella causa presente si pretenderebbe arrestare il corso de' nuovi statuti successorj, in caso ove la legge, senz' alcuna predilezione di età o di sesso, invita i zii delle due linee; e di dar tutto ad uno, tor tutto agli altri. Se in questa posizione possasi, per dar successo ai voti del sostituito Folgori, adottar la frase del giureconsulto, ed asserire che *non est incivile pietatis obtentu* di prolungar la pubertà da' 14 a' 18 anni, che altro sotto lo stesso pretesto far non si potrebbe a dispetto delle leggi!

§. III.

La pupillare in ispecie tutto al più si estinse al 16.° anno del minore D. Salvatore Folgori. — Si risponde alle obbiezioni.

VOGLIAMO portare la nostra pieghevolezza anche al punto di concedere quel che finora sull'appoggio di leggi espresse abbiam negato. Nello statuto personale che allunga la incapacità di testare, suppongasi per poco anche la forza di accrescere la vita di una sostituzione pupillare precedentemente scritta. Pure in tal caso la vittoria è nostra. L' articolo 904 del codice civile,

uniforme all'articolo 820 delle leggi civili, dà l'attiva fazion del testare al minore già pervenuto all'età di sedici anni. Salvatore Folgori è morto di 17 anni compiti. Dunque la sostituzione svanì un anno prima ch'egli morisse.

Ad abbattere questo micidiale argomento si son fatte due speciose difficoltà; la prima, che a' sedici anni il pupillo acquistando la capacità di testare per una sola metà di quello di che può disporre il maggiore, non può dirsi interamente capace; la seconda, che le novissime leggi, avendo ristabilita la pupillare estendendone la vita a'18 anni, quando, come nella specie, tal pupillare vi sia, il pupillo non può testare fino a tale età; l'articolo 945 facendo eccezione all'articolo 820 — Questo sì che è un originale sistema di ragionare! ed un novello mezzo da convellere la sentenza delle leggi, forzandole a dire ciò, che non dissero, ed a fare eccezioni che mai non fecero!

I nostri avversarj, mettendosi in opposizione col §. 8 delle instituzioni, e di molte uniformi leggi romane, hanno insegnato che la vita della sostituzion pupillare sia definita non dal numero degli anni, ma dalla incapacità a far testamento. E bene; si abbia per ferma una teorica che non potrebbe passare senza contrasto. Domandiamo: a'16 anni compiti Salvatore Fol-

gori acquistò, o no la capacità di far testamento? . . . .
Come negarlo, se la legge espressamente afferma? « *Il
» minore pervenuto all' età di 16 anni*, NON POTRA'
» DISPORRE CHE PER TESTAMENTO, *e fino alla concor-
» renza soltanto della metà de' beni di cui la legge
» permette al maggiore di disporre* — È questo l' articolo 904 del codice civile, senz' alcuna modificazione adottato nell' articolo 820 delle nuove nostre leggi. Laonde quando anche la prolungata incapacità di testare secondo il dritto romano, per controcolpo accrescesse la vita di una pupillare pria del nuovo statuto personale ordinata, questa svanì nell' interesse di D. Salvatore Folgori al 1822, e propriamente un anno e dieci giorni pria ch' ei morisse.

La circostanza che a' 16 anni non si acquista una piena capacità, ma sol quella di disporre di una metà de' beni, non nuoce affatto. Altro è la capacità di fare un testamento valido; altro la facoltà di disporre di tutto, o di una parte de' beni che si hanno. La capacità di testare è individua, nè si può concepire a frazioni. Interessa vedere se uno possa donare, testare ec., importando poco per qual parte del suo patrimonio ei possa farlo. Nella specie si vuol sapere se Salvatore Folgori al tempo in cui lasciò la vita poteva o no fare un testamento. Questa facoltà non può negarsi senza

rendersi superiore alla legge che l'accordava; e quindi è peccato l'andar oltre quistionando sul valore di una sostituzione che, se pur trionfasse di tutti gli ostacoli che la inutilizzano, troverebbe la tomba nella età del pupillo: sostituzion pupillare, e capacità di testare non posson coesistere.

Altronde, ciò che le nuove leggi stabiliscono pe' minori intorno a' limiti delle disposizioni che posson fare, mentre forma un accidente che non sfibra, nè altera la loro capacità, non è una cosa nuova. Anche i maggori vanno talvolta incontro alle restrizioni medesime. — Un padre, obbliando il proprio figlio, instituisce Mevio per suo erede universale. Questo testamento non potrà ora annullarsi, e molto meno a motivo d' incapacità del testatore. Le nuove leggi riducono la disposizione. L' erede testamentario prenderà una metà, l' altra metà sarà del figlio a titolo di legittima (1) — Un altro fa immodica donazione ad un estraneo, mentre ha un figlio che avrebbe dovuto interessare le sue tenerezze. Questo atto potrà vacillare per difetto di capacità del donante? Oibo! L' atto di donazione rimarrà fermo; ma la indiscreta liberalità sarà ridotta a' limiti della quota disponibile (2). Per lo che, siccome sarebbe

(1) *Art.* 829 *ed* 837 *legg. civ.*

(2) *Ved. gli stessi articoli.*

improprio il dire che un uomo in età maggiore non abbia l' intera capacità di testare, a motivo che offenda, disponendo, la riserva de' figli, così è manifesto errore il sostenere che un minore di 16 anni, non sia interamente capace di testare, sol perchè la legge gli permetta farlo per una metà.

I nostri avversarj, nel voto di salvare esclusivamente pel sostituito Folgori almeno la metà del patrimonio del sostituente, di cui suo figlio pervenuto a'16 anni era per le nuove leggi inabilitato a disporre, son ricorsi alla L. 57 §. 1 *ff. ad SC. Trebell.*, dove Papiniano figura questo caso — Un padre instituì eredi i due suoi figli con legge che, se il primo di essi morisse senza figli, la sua quota fosse restituita all'altro erede superstite: indi prevedendo che ambidue lasciassero la vita senza figli, sostituì in tutta la eredità la di lui nipote. Avvenne che il primo de' due eredi morì con un figlio, l'altro posteriormente mancò alla vita senza figli. La nipote sostituita non avrebbe avuto alcun dritto, perchè era invitata a raccogliere *tutta la eredità*, pel caso che ambidue gl' instituiti morissero senza figli. Ma il giureconsulto, poichè trattavasi di fedecommesso, ove la volontà del testatore è tutto, stimò assurdo che alla sostituita che prender non potea l' intero, si negasse anche la parte. Ecco la legge: » *Cum ita fuerat scri-*

» *ptum :* Fidei filiorum meorum committo, ut si quis
» eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem
» suam superstiti fratri restituat : quod si uterque sine
» liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad nep-
» tem meam Claudiam pervenire volo : *defuncto altero*
» *superstite filio*, *novissimo autem sine liberis*, *neptis*
» *prima quidem facie propter conditionis verba non*
» *admitti videbatur*; *SED CUM IN FIDEICOMMISSIS VOLUN-*
» *TATEM SPECTARI CONVENIAT*, *absurdum* (1) *esse re-*
» *spondi*, *cessante prima substitutione*, *partis nepti pe-*
» *titionem denegari*, *quam totam habere voluit avus*,
» *si novissimus fratris quoque portionem suscepisset* (2)
— È chiaro che questa legge non può adattarsi alla
causa del sostituito, nè vale a fargli ottenere almeno
la metà de' beni del testatore D. Ferdinando. Una
delle due : O il sostituito continua ad insistere per
l' effetto della pupillare ; ed in tale ipotesi il responso
di Papiniano non giova, perchè limitato a' fedecom-

(1) *Da questa parola*, *in una nota manoscritta che a nome del sostituito circolò in prima istanza*, *si volle cominciare il responso di Papiniano. Restituita ora alla legge la sua integrità*, *non giova*, *ma nuoce alla causa di D. Nicola Folgori.*

(2) *L.* 57 §. 1 *ff. ad. SC. Trebell.*

messi, nè estendibile a casi diversi da quello che fu da lui contemplato: O il sostituito discende all'idea di un fedecommesso; e questo, pel tutto, come per la parte, è incompatibile col divieto e colla nullità irrogata dall'articolo 896. Oltre che, come bene avverte Giulio Claro (1), nel dubbio, la volontà del testatore presumer si deve consentanea e conforme al dritto comune, ed allo statuto. Ed il dritto comune che regnava nel 1810, quando il testatore cessò di vivere, era che le sostituzioni non valessero, e che nè anche in via di eccezione regger potessero oltre il primo grado!

Finalmente notiamo che tutt'affatto singolare è la dottrina de' nostri contraddittori intorno alla incapacità di testare che accompagnar deve il minore fino all'età di 18 anni, allor che siavi sostituzione ne' termini dell' articolo 945 delle novissime leggi. Tal sostituzione non è pupillare, come or ora diremo. Ma se anche lo fosse, la incapacità di testare del minore già pervenuto a' 16 anni, ove mai si legge? Questa incapacità è tanto più fantastica perchè il sostituito dell'articolo 945 non può prendere i beni proprj del minore di 18 anni, ma soltanto quelli che a costui a titolo di erede derivarono dal sostituente. Dunque il minore di 18

(1) 3. *Sent.* §. *testamentum quaest.* 76, *reg.* 6.

anni ha la capacità di testare di una metà de' suoi avventizj a norma dell' articolo 820:; questo articolo non soffre alcuna offesa dall' articolo 945. E quindi restando intatta la massima che la capacità di testare è incompatibile colla pupillare, è fuor di ogni dubbio, che la sostituzione cui ricorre D. Nicola Folgori, se non svanì al 14.° anno di suo nipote, si estinse per sempre tosto ch' ei giunse al 16.°

PARTE SESTA.

Le leggi novissime non hanno rinnovata la pupillare, ma sol temperato il divieto delle sostituzioni fedecommessarie.

Il principal difensore del pupillar sostituito ha voluto dare ad intendere, 1.° che l' articolo 945 delle nuove leggi espressamente ravviva le antiche sostituzioni pupillari, estendendone la durata, e facendo delle variazioni non nella sostanza, ma negli accidenti; 2.° che la pupillare disposta dal marchese D. Ferdinando Folgori nel 1801, dev' esser precisamente regolata da tale articolo delle ultime leggi, ciò che al sostituito darebbe non disputabile dritto ad ottenere esclusivamente la eredità del nipote.

La seconda proposizione si è da noi dimostrata erronea nella precedente parte di questa memoria. Quì ci occuperemo della piena confutazione della prima.

§. I.

Si dimostra con argomenti tratti da diversi articoli delle nuove leggi, che non si è voluto ammetter la pupillare.

Questi argomenti son precisamente gli stessi che quelli da noi esposti nella parte. IV, in pruova che la pupillare non combacia co' principj regolatori del codice abrogato intorno alle successioni testamentarie. Quindi, a non cadere nel vizio d' inutili ripetizioni, ci rimettiamo al ragionamento quivi ordinato. Solo non crediamo dover pretermettere una considerazione pregevolissima, legata alla storia della compilazione delle nuove leggi.

La Commissione dal Re Signor Nostro incaricata di presentare un progetto di riforma del codice civile francese, ebbe idea di ricomporre il sistema delle sostituzioni pupillari, adattandolo, per quanto era possibile, a' nuovi principj di pubblico reggimento. Il perchè nel capo V del titolo « *delle donazioni fra' vivi, e de' testamenti* » la Commissione, dopo la sesta sezione intitolata « *delle sostituzioni fedecommessarie* » ne propose altra in questi termini: DELLE SOSTITUZIONI CHE LA LEGGE PERMETTE FARSI DA' GENITORI A' FIGLI FINO A

CERTA ETA', come leggesi nel progetto de' nuovi codici, che corre per le mani di tutti.

Ma questo lavoro della Commissione legislativa, discusso maturamente nel Consiglio di Cancelleria, fu rigettato, poichè veniva a rovesciare i più fermi principj del nuovo dritto. Di fatti, mentre da un lato sarebbesi invertito l'ordine delle legittime successioni, dall'altro avrebbe avuto nuovamente effetto l'assurdo sistema di permettere che i genitori testassero pel figlio; e che non solo su i paterni beni, ma anche su gli avventizj del figlio, testassero (1). Sostenere adunque che l'Augusto nostro Legislatore abbia voluto ristabilire nelle nuove leggi le sostituzioni pupillari, è lo stesso che con-

(1) *Gli articoli* 813, *ed* 815 *delle nuove leggi son così concepiti:* Nessuno potrà disporre de' suoi beni a titolo gratuito se non per donazione tra vivi, o per testamento nelle forme stabilite qui appresso — Il testamento è un atto col quale IL TESTATORE DISPONE, *pel tempo in cui avrà cessato di vivere*, *DI TUTTI O DI PARTE DE' SUOI BENI*, e che ha la facoltà di rivocare. — *A questa regola generale si è mai dalle nuove leggi fatta la stessa eccezione delle leggi romane per sostegno della sostituzion pupillare? No certamente. Dunque la pupillare non si è voluta.*

traddire alla storia di ciò che avvenne nella riforma de' codici presso di noi osservati nel corso di un decennio.

§. II.

L' articolo 945 contiene una sostituzione fedecommessaria, non una pupillare.

Questo articolo è situato in ultimo luogo della sezione che tratta *delle sostituzioni fedecommessarie*, ed è così concepito: » *Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli, e le sorelle possono sostituire ad un minore di anni* 18, *nel caso che questi muoia senza figli pria di compiere gli anni* 18, *una terza persona, ma in quei soli beni, ne' quali il minore sia stato lasciato erede* ». — Non una, ma mille ragioni si offrono in pruova, che tal disposizione in niun modo comprende la permissione delle tavole pupillari come i romani le immaginarono. Passiamo a dimostrarlo coll' aiuto di quegli argomenti, che a parer nostro sono di maggior merito, e i più decisivi.

I. *Argomento dal luogo che occupa l'art.* 945.

Per comprendere qual sia stata la idea del Legislatore nel formare una legge, giova il tener calcolo del titolo nel quale si alloga: *Leges intelliguntur juxta titulum cui subjiciuntur* (1). Il nostro Legislatore adottar non volle il sistema progettato dalla Commissione per dare a' genitori il dritto di sostituire a' figli che morissero pria di 16 anni. Quindi non fece una sezione diversa da quella che tratta delle sostituzioni fedecommessarie; ma in questa inserir volle l' articolo in esame. Dunque è evidente che il Legislatore, lungi di qualificare la sostituzione a' minori di anni 18 come *pupillare*, la definì *fedecommessaria.* Se l'articolo sta nella sezione che provvede sulle sostituzioni fedecommessarie, non si correggerebbe il Legislalore, e non si snaturerebbero i suoi precetti, volendola pupillare?

I nostri contraddittori hanno insegnato che l' articolo 945 contiene una sostituzione diretta tutto che stia nella sezione delle fedecommessarie, poichè oggi l' innesto è divenuto legittimo, tanto più che l' effetto della pupillare essendo quello di far passare i beni al sostituito, poco importa che ciò avvenga mercè una

(1) *Fusari de substit. quaest.* 245 *n.* 4.

trasformazione, che la legge ha fatto della pupillare in fedecommessaria (1).

Il primo lemma di questa risposta potrebbe reggere solo allora che il Legislatore avesse nella sezione intitolata *delle sostituzioni fedecommessarie* classificate anche le *dirette:* ma dal vedersi che per la sostituzione *volgare* si è formata una sezione distinta, divien chiaro che l' articolo 945 contiene non la pupillare, ma la fedecommessaria. Altronde coloro che presso noi prepararono e discussero le leggi civili attuali, conoscevano profondamente il romano dritto; e sapevano che la *volgare*, e nel digesto e nelle institutioni, è trattata congiuntamente alla *pupillare.* Laonde nel creare una sezione per la volgare avrebbero dovuto, volendola ristabilire, parlare eziandio della pupillare, essendo quello il proprio luogo di ragionarne. Questo silenzio contribuisce a rinforzare il principio che l' articolo 945 è manifestamente rivolto ad autorizzare una fedecommessaria.

Nel dir poi che la pupillare di nuovo conio sia dalla legge trasformata in fedecommessaria, i nostri contradditori si tradiscono, e, senza volerlo, appalesano

(1) *Pag.* 233, 234 *e* 235 *dell' allegaz. scritta pel sostituito Folgori in prima istanza.*

tutto l' imbarazzo in cui sono. L' oggetto che essi si proposero fu di provare che nelle leggi novissime stia espressamente la sostituzion pupillare de' romani. Invocarono all' uopo l' articolo 945; ma scossi dal tenor letterale di esso, inventarono la trasformazion legale della pupillare antica in una fedecommessaria di novella forma. Questo ingegnoso trovato rovina però la causa del sostituito. Se le nuove leggi danno al padre la facoltà, non già di sostituire pupillarmente, ma per fedecommesso, con qual mezzo si vorrebbe snaturare il testamento del marchese di Ducenta, supporgli una volontà che non ebbe, ed obbligarlo a disporre come non dispose? E se la sostituzione dell' articolo 945 è fedecommessaria, quella di cui si tratta non fu forse annientata dalle leggi che tutte fulminarono, prima nel 1807, indi nel 1808, e col codice nel 1809 le sostituzioni di questa indole? Oltre che in qualunque aspetto la nostra sostituzione voglia esaminarsi, dovrà esser sempre regolata dalle leggi del 1810, epoca nella quale il testamento del sostituente fu aperto. Ed è strano il pretendere che si applicassero le leggi del 1819, com'è improprio il volere che il testamento di un uomo sia nella sua efficacia governato da parecchie legislazioni, cioè da quella che esiste allor che si apre, e da quelle che sorgeranno quando le disposizioni condizionali od a tempo si eseguiranno.

II. *Argomento dalla qualità delle persone che possono sostituire, ed esser sostituite.*

La sostituzion pupillare, secondo il dritto romano, era un effetto della patria potestà; e sotto questo rapporto non potevano ordinarla nè la madre, nè ogni altro congiunto, che il padre o l' avolo, secondo i diversi casi, non fosse; nè poteva darsi sostituito pupillare a colui, che dopo la morte del sostituente non restasse *princeps familiae*. Dunque l' articolo 945 non può aver mira alle sostituzioni pupillari, poichè la sua disposizione, non negli accidenti, ma nella essenza, diversifica da quella che il dritto romano per tali sostituzioni dettava. Vedesi in fatti che la facoltà di sostituire ad un minore di anni 18 è attribuita non solo agli ascendenti, ma pure a' collaterali; ed in oltre è lecito di sostituire tanto al minore soggetto al paterno potere, che a quello che già sia divenuto *princeps familiae*, o che dopo la morte del sostituente rimanga nella potestà della madre.

III. *Argomento dal non potersi sostituire su' beni del minore.*

Il dritto romano, come di proposito nella IV parte osservammo, avvolgeva nella sostituzion pupillare tanto i beni paterni, che gli avventizj del figlio impubere; e permetteva altresì, che al figliuol diredato il padre dar potesse un erede — Ma l' articolo 945, lungi di adottare questi essenziali requisiti della pupillare de' romani, vuole indistintamente che il sostituente si limiti a chiamare una terza persona solo ne' beni su' quali il minore di 18 anni *siasi lasciato erede.*

IV. *Argomento dalla facoltà di sostituire oltre la età in cui si acquista la capacità di testare.*

La sostituzion pupillare fu principalmente escogitata per evitare che la successione testata abortisse: quindi cessava tosto che gl' impuberi eran puberi, cioè a' 14 anni pe' maschi, a' 12 per le donne. Allora essi acquistavano la capacità di testare, di contrar nozze, ec.; ed allora svaniva di pieno dritto, se pur non testassero, la sostituzione pupillare. — Or se vero fosse che l' articolo 945 sia diretto a ravvivare la pupillare de' romani, non sarebb' esso in contraddizione coll' articolo

820, il quale imprime nel minore già pervenuto all'età di 16 anni il dritto pregevolissimo di far testamento su' proprj beni? La capacità di testare, giovi ripeterlo, mal si unisce colla sostituzion pupillare. Dunque la sostituzione di cui tratta l'articolo 945 è manifestamente fedecommessaria, non pupillare (1).

§. III.

Applicazione.

Poiche' la sostituzione contenuta nell'articolo 945, pe' suoi particolari requisiti, è essenzialmente diversa dalla pupillare de' romani, divien chiaro che tal nuova sostituzione non possa connettersi con quella che il marchese D. Ferdinando Folgori scrisse nel 1801 ne' termini del dritto ch'era a quel tempo in vigore. Su tal proposito non possiamo pretermettere la seguente considerazione

(1) *Nella parte V di questa memoria abbiamo dimostrato esser tutta arbitraria la dottrina de' nostri contraddittori, nel pretendere che il minore pervenuto all' età di 16 anni non possa testare de' beni suoi se siavi sostituzione ne' termini dell' articolo 945.*

de' primi Giudici: « Considerando, essi dissero, che
» svanita la pretesa sostituzion pupillare rianimata dal
» dritto novissimo, cessi per inevitabile conseguenza
» il nesso, col quale si tenta di riunire il tempo del
» fatto testamento con quello dell' aperta successione
» del marchesino di Ducenta. Attesochè non è possi-
» bile di legare, e di connettere insieme due sostitu-
» zioni d' indole tutta diversa. Ed in vero la sostitu-
» zion pupillare, *diretta* nella sua origine, mal si
» annoda con una sostituzione fedecommessaria, perchè
» diverrebbe ibrida in mezzo al suo corso, e costitui-
» rebbe in certa guisa un mostro legale (1). »

Ed il Pubblico Ministero, dopo aver dimostrato che nella sostituzione dell' articolo 945 mancavano le qualità essenziali ed accidentali della pupillare del dritto antico, con solida argomentazione era anche disceso a confutare l' assunto specioso del sostituito, dicendo: » Nella ipotesi che qualche somiglianza vi fosse tra la » pupillare de' romani, e la sostituzione permessa dal- » le nostre leggi, neppure potrebbe dirsi di esser que- » sta la stessa di quella, essendo abbastanza noto il » principio metafisico, *similia non sunt eadem.* Ma

(1) *Pag.* 106 *e* 107 *della sentenza del Tribunal Civile, stampata a cura de' Pignatelli.*

» si è veduto che non solo non vi è somiglianza, ma
» è benanche interamente diversa, perchè i principj
» che regolavano quella, sono diametralmente opposti a'
» principj, che regolano questa. Seguentemente sotto
» tutt' i rapporti deve conchiudersi, che nell' articolo
» si parla di fedecommessaria, corrispondentemente alla
» epigrafe; che non è una legge fuggitiva messa colà
» a caso; e, quel che più importa, che la fedecom-
» messaria è limitata alla sola parte disponibile del te-
» statore, ed a quella parte precisamente in cui è sta-
» to scritto erede il gravato di sostituzione tempora-
» nea (1).

Quindi è che le domande del sostituito Folgori, manchevoli di appoggio nel dritto antico ed in quello intermedio, non possono esser nè anche sostenute dalle leggi novissime.

(1) *Pag. 48 e 49 delle conclusioni del Pubblico Ministero, stampate a cura de' Pignatelli.*

PARTE SETTIMA.

Della pretesa obbliquazione della pupillare nulla in fedecommesso del residuo.

I difensori di D. Nicola Folgori, disperando di poter allungare il periodo, o per meglio dire, di poter richiamare a novella vita una sostituzione annullata dalle nuove leggi, e già spenta se pure non fosse nulla, son ricorsi all' altro mezzo di *un innocente fedecommesso di reliquato*. Bisogna però convenire che questa via non è meno ardua delle altre che furono con sì poco successo percorse. Noi sobriamente dimostreremo il torto che si ha nel servirsene, giacchè altro dottissimo difensore (1) d' uno de' legittimi successori del defunto, si è incaricato di confutar di proposito questa parte della difesa del sostituito.

Pria però di esporre le nostre osservazioni, non lasciamo d' insistere onde il voluto fedecommesso del residuo si dichiari non ammessibile nella sede dell' attual giudizio. Sì fatta quistione pregiudiziale non è

(1) *Intendiamo parlare del barone Parrilli, principale avvocato di D. Francesco Folgori.*

indegna delle considerazioni della Gran Corte, e conviene in modo al sistema di ragioni congegnate pe' nostri clienti, che non possiamo arbitrarci di trascurarla.

D. Nicola Folgori adì la *eredità pupillare* di suo nipote in forza della sostituzione contenuta nel testamento che a costui fece il padre nel 1801. La citazione, che, dopo questo atto solenne, si diresse contra gli eredi legittimi del defunto, fu negli stessi sensi, cioè si chiese la *eredità pupillare*.

La causa si portò all'udienza del Tribunal Civile in un doppio aspetto. D. Nicola Folgori, attesa l'enunciata sostituzione, pretese che tutta gli si desse la eredità del pupillo. Gli eredi legittimi, pel contrario, sostenendo la nullità della sostituzion pupillare, domandarono che la controversa eredità, come intestata, tra loro si ripartisse. In questo modo furon prese le conclusioni all'udienza.

Con qual nuovo rito si vorrebbe ora torcer cammino? La lite fu contestata in termini che non potevano più alterarsi dopo le conclusioni prese all'udienza. Il Tribunal Civile non doveva esaminare che la sola quistione, se cioè la vantata sostituzion pupillare, colla nuova e colla novissima legislazione potesse o no connettersi.

Per obbligare i primi Giudici a deviare da questa semplice quistione, si allegò invano da' difensori del sostituito che quelli potessero supplir d'ufficio al difetto de' mezzi contenuti nel primo libello.

Nella legge unica sotto il titolo del codice: *Ut quae desunt advocatis partium judex suppleat*, sta scritto: *Non dubitandum est judicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre quod sciat legibus, et juri publico convenire.* Il senso di questa legge è chiarissimo. Si parla di facoltà a' Giudici di supplire alle omissioni del diritto, non già alle omissioni del fatto. « Se nell'ordine giudiziario, dice Merlin. (1), vi ha massima ferma e costante, è precisamente quella che ai giudici attribuisce l'obbligo di supplir d'ufficio i *mezzi di dritto* che possono omettersi dalle parti »; e cita all'uopo la legge che abbiamo esposta. — Nel caso attuale non è già che siasi detto ai Giudici « *supplite agli omessi mezzi di dritto per sostenere la pupillare* ». All'opposto con alcune *conclusioni motivate*, che sursero dopo molti giorni ch'erasi *conchiuso in causa* (2), si

(1) *Quest. de droit Substitution fideicommissaire* §. 4.

(2) *Le* conclusioni motivate *non possono servire*

è preteso che essi di ufficio abbandonassero la quistione intorno alla pupillare, per giudicare su la immaginata trasformazione in un fedecommesso *de residuo*, del che non si è mai parlato, nè introducendo il giudizio, nè nel corso delle difese.

Ma noi vogliamo esser generosi. Intendiamo anche ammettere che possano i Giudici supplire a' negletti e più veri mezzi di fatto. Di grazia; questa correzione degli errori delle parti, in qual caso può esser fatta? Certamente non si potrebbe eseguirla che per dar effetto alla domanda garantita dallo *stesso titolo*. — Tizio esibisce un autentico atto e chiede che Mevio gli paghi la somma di 1000 *ex causa mutui*. L'atto non prova il mutuo, ma sostiene il debito di Mevio per ragion di legato. Concedasi che in questa ipotesi possano i Giudici condannar Mevio a pagar la somma dovuta, non per la causa supposta, ma per la causa vera.

---

che allo sviluppo delle domande contenute nella citazione introduttiva del giudizio, non mai per produrre nuove domande. In contrario, a dispetto della legge, si pretenderebbe che i Giudici ammettessero domande non inchiuse in una formal citazione da parte a parte!

Qnesto ragionamento però non può in alcun modo applicarsi alla causa del sostituito Folgori. Egli, facendosi scudo della sostituzion pupillare, ha chiesto la eredità del nipote. Ora parlando di fedecommesso di reliquato, domanda in vece la eredità del padre. Dunque si vuol denaturare il giudizio con un cangiamento essenziale nell' indole della primitiva domanda. Questo non è nn richiamo di mezzi omessi. È una domanda nnova, la quale non fu legalmente comunicata alle parti; nè i loro patrocinatori avean mandato per occuparsene.

Nè dicasi che uno è il testamento nel quale le due disposizioni contengonsi; e che perciò si possa, scrutinando lo stesso titolo, dare all' attore la cosa che chiede, non per la causa dichiarata, ma per altra causa che nello stesso atto si legga. — Giustiniano disse che, nel caso di sostituzion pupillare, *certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatem.* Quando Folgori ha chiesta la eredità pupillare, per una finzion di dritto, si è avvaluto ed è ricorso al testamento del figlio fattogli dal padre; e gli eredi legittimi si son difesi contro sì fatta determinata azione. Spingendo però avanti il fedecommesso di reliquato, il sostituito non vuol più la eredità del pupillo sul fondamento delle tavole pupillari: egli domanda la eredi-

tà paterna, ed all' effetto produce il testamento del padre, ossia le tavole principali. Riguardo a ciò non vi fu lite regolarmente contestata: gli eredi legittimi non provocati a difendersi, non si son difesi nelle forme volute dal rito; e quindi non può la Gran Corte incaricarsi di un' azione essenzialmente diversa da quella che fu instituita. In rinforzo di questa esclusione delle domande del sostituito, non è spregevole il soccorso delle leggi antiche, secondo le quali non potevasi ad arbitrio scambiare azione. Come più adatto al caso nostro ricordiamo un rescritto dell' Imperador Teodosio in questi termini: *Si quis agere ex testamento quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit: ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens minime permittatur. Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus: ut etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum in eodem* pro codicillis etiam id valere *complexus sit: qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem; sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse: ita ut sive bonorum possessionem secundum tabulas, sive secundum nuncupationem, caeterasve similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa hu-*

jus juris auspicia propositum suae intentionis explanet (1). D. Nicola Folgori, in pieno arbitrio di eleggere se gli convenisse chiedere la eredità del pupillo, o il fedecommesso, fece la scelta ed elesse la prima. Dunque indarno venne, dopo la contestazione della lite e le conclusioni in causa, a pretendere il fedecommesso ch'ei chiama di reliquato.

Ma supposto che si potesse valutare la intempestiva domanda del sostituito, e trasformarsi la pupillare invalida in fedecommessaria, il di lui torto non sarebbe meno sensibile. Eccone la dimostrazione.

§. I.

Fondamento della obbliquazione della pupillare nulla in fedecommesso. — Impossibilità di congiungere la nuova all'antica legislazione intorno a tale obbliquazione.

Secondo i principj del dritto romano, non poteasi ne' codicilli instituire un erede; ma solo era permesso di scrivere un fedecommesso, nel che si usavano le

(1) *L.* 8 *cod. de codicillis.*

parole non dirette, ma inflesse (1); tranne se si trattasse di codicilli fatti da' militari, i quali potevano *ex privilegio militum* anche in quegli atti direttamente instituire un erede (2).

Le stesse regole valevano nel caso di sostituzione (3). Ciò non ostante, per benigna interpetrazione indotta dalla utilità del pupillo, fu ammesso che la sostituzione in un codicillo non potendo reggere come diretta, si obbliquasse in fedecommessaria, per modo che il sostituito non potendo raccogliere la eredità deferitagli colle tavole pupillari, la conseguisse per vigore di un fedecommesso, come se i legittimi eredi si trovassero incaricati di restituire al sostituito la eredità del pupillo: *Sciendum tamen est*, dice il Vinnio (4), *etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi heredes legitimi rogati videantur hereditatem substituto restituere.*

Principale appoggio di questa teoria comune è la nota legge *Scaevola respondit*, 76 *ff. ad SC. Tre-*

(1) §. 2 *instit. de codicill.*

(2) *L.* 36 *ff. de testam. milit.*

(3) §. 2 *instit. de codicill. Vinn. ivi n.* 3.

(4) *In tit. instit. de vulg. substit. pr.*

bellianum, così concepita: *Scaevola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit: licet substitutio inutilis sit; quia codicillis* hereditas neque dari neque adimi potest; *tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur: quod si invicem substituti, et in fideicommisso substitutionem valere; unoque eorum mortuo, qui supersunt totum accipiunt.* Questa inversione in fedecommesso avea luogo anche nelle instituzioni in codicilli, onde sostenere in tal modo la volontà del defunto (1).

Sorge da queste prime idee, che mal si avvisa il sostituito pupillare in ricorrere alla inversione della pupillare nulla in fedecommesso. Dando per vero che il testatore abbia inteso ordinare una pupillare, questa non è nulla per imperfezion dell'atto in cui la scrisse, ma perchè la legge sopraggiunta, ed in vigore al tempo che il sostituente lasciò la vita, più non permetteva l'uso delle pupillari. Laonde non si può sotto l'aspetto di fedecommesso chiedere ciò che la legge vieta che si raccolga in via di sostituzion diretta.

(1) *V. la L.* 13 §. 1 *ff. de jure codicill.*, *e la L. ult. cod. de codicill.*

E se anche questa trasformazione della pupillare, ad onta delle dissomiglianze che la distinguono dalla pupillare nulla, di che si tratta nelle romane leggi, potesse reggere, qual pro pel sostituito? Egli potrebbe giovarsi della obbliquazione, se fosse possibile di connettere in questo modo la nuova colla vecchia legge. Ma un tanto prodigio non si può aver la forza di operarlo. L' invito di D. Nicola Folgori, se pur fosse per un fedecommesso di reliquato, il che è falso, come or ora dimostreremo, pure sarebbe associato a moltiplici gravami che direttamente incontrano l' urto della legge che vieta le sostituzioni fedecommessarie. E quindi l' ultima tavola che gli si è data per salvarlo, non può reggere al naufragio che gli fu preparato dalla sua imprudenza.

§. II.

Indole de' fedecommessi del residuo. — La pupillare nulla non si volge in fedecommesso del residuo, ma in fedecommesso universale.

PRIMIERAMENTE è d' avvertire che il fedecommesso di reliquato non lo fa la legge, la quale non dispone nè

per atto tra' vivi, nè di ultima volontà, ma deve averlo disposto l' uomo; altrimenti *deficit voluntas*.

Le leggi romane, percorrendole tutte, non somministrano alcun esempio di un *legale fedecommesso de eo quod supererit*; ma in tutte le formole che leggiamo, trovasi sempre un testatore che incarica l'erede di restituire il sopravvanzo, o il superfluo de' beni che con questo discreto peso stimò lasciargli: *Cum autem rogatus* (dice Papiniano) quidquid ex ereditate supererit, *post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur* (1) — *Titius rogatus est* (aggiugne lo stesso giureconsulto) quod ex hereditate superfuisset *Moevio restituere. . . . . . . Divus autem Marcus, cum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis*, quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas, *et viri boni arbitrium inesse credidit* ec. (2) — *Heres ejus* (così anche Papiniano rispose) qui bonorum superfluum post mortem suam restituere fuerit rogatus, *pignori res hereditarias datas, si non in fraudem id factum sit, liberare non cogitur* (3). Que-

(1) *L.* 70 §. 3 *ff. de legat.* 2.
(2) *L.* 54 *ff. ad SC. Trebell.*
(3) *L.* 58 §. 8 *ff. eod.*

sti ed altri moltissimi esempj, che si traggono dal dritto antico, e che per brevità tralasciamo (1), assicurano che allora vi ha fedecommesso di reliquato, quando il testatore, nell' incaricarne l'erede in termini espressi, gli permetta di restituire il sopravvanzo, o quello che resterà. Il fedecommesso *de residuo* dev' essere animato dalla espressa volontà dell' uomo, non tanto perchè sarebbe assurda la idea di una sostituzione legale, ossia creata dalla sola legge, quanto perchè il fedecommesso che per indole suppone il divieto di alienare, porta sempre l' obbligo di restituir l' intero, tosto che non si è chiaramente attribuita la facoltà di restituire il superfluo. Il dotto Pothier, nell'additare le differenze che distinguono i fedecommessi universali da quello di residuo, rammenta la più notevole in questi termini: *In fideicommisso hereditatis*, *omnes res hereditariae continentur*, *etiam illae quae facto heredis extare desierunt. In hoc vero*, *de quo hic agimus* (cioè in quel di residuo); *id quod heres bona fide ex hereditate diminuit*, *fideicommisso non continetur* (2).

---

(1) *V. la L.* 3 §. 2 *ff. de usur. e la L.* 80 *ff. ad SC. Trebell.*

(2) *Pothier*, *pand. Justin. sect.* 2 *art.* 2 *n.* 25.

Nasce da ciò che la pupillare nulla non si può volgere in *fedecommesso di reliquato*, ma in *fedecommesso universale*, perchè il sostituito è chiamato a prendere non il sopravvanzo, ma l'intero; il che anche leggesi nella legge *Scaevola respondit* in quelle parole » *unoque eorum mortuo*, *qui supersunt totum accipiunt* ». Nè saprebbe concepirsi un fedecommesso di residuo nel caso della voluta obbliquazione, poichè la sostituzione pupillare è d'indole sua ordinata, non per uno stralcio o sopravvanzo della eredità del pupillo, ma per la totalità. Sotto il qual rapporto tutti gli autori, che altrove citammo in pruova che dopo la caduta del romano impero la sostituzion pupillare presso molti popoli valeva come fedecommesso su' soli beni del padre sostituente, concordemente insegnarono che tal fedecommesso sia universale, *non de eo quod supererit. Substitutio illa* (così Voet) *non producatur ultra bona ab ipso substituente profecta*, *et verbis substitutionis directis in obliqua flexis*, *institutus intelligatur gravatus* UNIVERSALI FIDEICOMMISSO *de restituenda defuncti substituentis hereditate ei*, *qui substitutus est* (1).

Ecco perchè quello stesso Merlin, che i nostri avversarj citarono in pruova della innocenza de' fedecom-

(1) *Voet in tit. ff. de vulg. n.* 26.

messi *de residuo* sotto l'imperio del codice civile francese (1), notò che *una sostituzione nulla come pupil-*

(1) *Non possiamo però menar buona a' nostri contraddittori la dottrina che in Francia il fedecommesso* de residuo *sia generalmente applaudito. Tutto che la novella* 108, *che ingiungeva il divieto di alienare almeno il quarto de' beni in tal modo gravati, non fosse più in uso, pure non può negarsi che de' medesimi, sebben potesse disporsi in vita per giusta causa, è però vietato disporne con atti di ultima volontà, altrimenti il gravame sarebbe fatuo, Ved. la L.* 70 §. 3 *ff de leg.* 2. *LL.* 54, *e* 58 §. 8 *ff. ad Trebell.: nullius momenti est scriptura, quae nudum continet praeceptum, L.* 11 §. 14 *ff. de legat.* 2.; *il che basta per dire che vi sia obbligo di restituire, nel che quello di conservare* tacite inest. *Del resto molte Corti di appello di Francia, e le più in credito giudicano per la nullità del fedecommesso di reliquato, per applicazione dell'articolo* 896. — *Vedete le decis. della Corte di Bruxelles de'*24 *febbraio* 1807 *in Sirey vol.* 7 *part.* 2 *pag.* 692, *e de'* 14 *novembre* 1809 *ivi vol.* 10 *part.* 2. *pag.* 238; *della corte di Metz de'* 16 *febbraio* 1815 *ivi vol.* 19 *part.* 2 *pag.* 58; *e della corte di Riom de* 6 *aprile* 1821 *ivi vol.* 22 *part.* 2 *pag.* 341.

lare, *non può valere come fedecommessaria* (1). Non può reggere come pupillare, perchè questa sostituzione è insociabile co' principj delle nuove leggi: non può sostenersi come fedecommessaria, essendo riprovata dall'articolo 896 del codice civile. E la quistione se la pretesa inversione della pupillare nulla in fedecommesso possa o no aver effetto, non può risolversi altrimenti che consultaudo la legislazione del 1810, quando il sostituente cessò di vivere (2).

A distruggere questa teorica, i difensori del sostituito son ricorsi ad una pretesa dottrina di Gomez, cui si fa dire che la obbliquazione della pupillare nulla avviene *juxta sui naturam*: ed in conseguenza, siccome non vi ha nella pupillare obbligo di conservare per restituire, così nè pure nella sostituzione obbliquata; nel che si vuol riconoscere il fedecommesso *de eo quod supererit*. — In ciò più risposte.

Primieramente, dov' è che Gomez avesse mai sostenuto che tal sostituzione s' inverta in fedecommesso di reliquato? Noi leggiamo in questo autore precisamente l'opposto di quel che i nostri avversarj vi lessero.

(1) *Merlin Substit. directe* §. 2 *n.* 16.

(2) *V. la dimostraz. nella II parte di questa memoria.*

Gomez avea da principio insegnato che la pupillare inutile, o nulla non potesse inflettersi in fedecommessaria; ma quindi ritrattò la sua opinione dicendo di averla annunziata ne' primi anni suoi *pro obtinendo gradu licentiaturae*. Egli di poi, *in lectura ordinaria per viam doctrinae*, aderì all' opinion comune, per la quale trovò decisiva la legge *Scaevola* più innanzi da noi riportata.

Ma Gomez nel dire che la pupillare nulla si obbliquava in fedecommessaria, non si dipartì dall' insegnamento dello stesso giureconsulto Scevola, il quale stabilisce che il legittimo erede dell' instituito morto in età pupillare, *non directo*, ma *in vim fideicommissi* sia tenuto a restituire la eredità al sostituito: *HERES AB INTESTATO*, dice Gomez, *QUI PUPILLO SUCCESSIT, TENETUR BONA TESTATORIS PER FIDEICOMMISSUM RESTITUERE SUBSTITUTO*; parole che, come or ora vedremo, tolgono al sostituito Folgori ogni speranza di ottenere la eredità del nipote.

Finalmente Gomez, lungi dal dichiarare che tal fedecommesso sia di reliquato, lo definì *universale*, cioè relativo a tutt' i beni del sostituente, senza che potesse estendersi su quei del pupillo: *Ergo* (son parole dell' autore) *si substitutio directa pupillaris alteratur, et mutat naturam et effectum suum in praedictis casi-*

bus: ergo eodem modo in nostro casu mutatur et alteratur, ut cum non possit valere jure directo, IN OMNIBUS BONIS OBLIQUATUR, *et valeat jure fideicommissi in bonis tantum testatoris* (1).

Questo è il ragionamento del dotto Gomez che noi leggiamo nelle due edizioni della sua opera del 1624, e del 1661. Non neghiamo che in quella del 1759 si trova una giunta, la quale stabilisce che la inflessione della pupillare in fedecommessaria abbia luogo *juxta suam naturam*; cioè che il sostituito prender debba i beni che trova nella eredità del pupillo, senza che siagli permesso di ripetere i fondi che furono in vita di lui alienati. Ma questa nota che il Gomez lasciò scritta per ampliazione della sua dottrina, non ne altera il senso, nè serve per sostegno del preteso fedecommesso di reliquato. Il dotto uomo dir volle che, siccome, se la pupillare avesse avuto luogo, il sostituito avrebbe preso i beni che trovava in natura, ed il prezzo esistente, o i beni acquistati col prezzo de' fondi alienati, così la obbliquazione non dovea farsi che *juxta naturam* della pupillare, in modo che il sostituito vantar non potesse dritti più estesi. Non mai però Gomez si lasciò dire che la pupillare

(1) *Gomez var. resolut. cap. IV de pupill. subst., num.* 6, *verso la fine.*

nulla si converte in fedecommesso del residuo, perchè sarebbe in contraddizione non solo con se stesso, avendo poco avanti detto che la sostituzione obbliquata comprendeva tutt' i beni del testatore; ma anche col giureconsulto Scevola, il quale nella L. 76, che è il testo cardinale di tale inflessione, parla di fedecommesso non di residuo, ma universale.

Nè fa ostacolo che in vita del pupillo possan farsi delle alienazioni. Nel corso della pupillare età queste distrazioni non sono dissimili da quelle che per i principj dell' antico diritto eran benanche permesse nel caso di fedecommessi ordinarj: il pupillo cui si diede un sostituito, ed il gravato di un fedecommesso in *termini terminanti*, hanno ambidue il divieto di alienare; il primo lo ripete dalla legge, il secondo dalla volontà dell' uomo: ma per entrambi, *cum causa et decreto*, le alienazioni sono possibili.

Ma poi (ed è questa una ragione che annulla l' ingegnoso trovato dell' innocente fedecommesso di reliquato), chi ha detto al sostituito Folgori che l' obbligo di restituire sia da valutarsi dal lato del pupillo nel caso di pupillare obbliquata? Quando la sostituzion pupillare è inutile o nulla, la eredità si devolve *ab intestato* a' legittimi successori dell' impubere morto pria che arrivasse alla pubertà. Son questi di lui suc-

cessori immediati, che, per benigna interpetrazione, hanno il dovere di restituire *ex causa fideicommissi*, non una parte ma la totalità de' beni che trovansi nella eredità del pupillo. Dunque tra i successori legittimi incaricati di restituire, ed il sostituito che raccoglie per virtù della pupillare inflessa, è assurdo il parlar di residuo, perchè tutto si restituisce, e tutto si prende. Leggasi la legge *Scaevola*, e la vittoria sarà nostra. Cujacio di proposito dimostra quanto sia erronea la opinione ritratta dal cap. *Raynutius de testament.*, cioè se una sostituzione *verbis civilibus* fatta oltre la pubertà, possa valere come fedecommessaria. E quindi conchiude che nel caso della legge *Scaevola ad SC. Trebell.*, il fedecommesso che non può eccedere il periodo della impubertà, è universale: » *Substitutus*, egli dice, *ve-* » *nit jure fideicommissi*, *et a fratre* LEGITIMO HEREDE FILII IMPUBERIS MORTUI CAPIET BONA QUAE A PATRE AD FILIUM DEFUNCTUM PERTINERUNT (1).

---

(1) *Cujac. comment. in L.* 8 *cod. de impub. etc. pag.* 752 *lit. D.*

§. III.

Il preteso fedecommesso del residuo urta colla volontà espressa del testatore D. Ferdinando.

Non solo la legge, e la univoca sentenza degl' interpetri dell'antico dritto sono la più bella censura del fedecommesso di reliquato in che si vorrebbe inflessa la pupillare di cui si contende, ma anche la espressa volontà del testatore ne rigetta il trovato. Ne' fedecommessi la volontà del testatore è tutto (1); nè sarebbe tollerabile una interpetrazione che resistesse alla lettera ed alla mente dell' autor del gravame: *In fideicommissis praecipue spectanda, servandaque testatoris voluntas* (2).

Ma D. Ferdinando Folgori volle allacciare *tutta la sua eredità* nel doppio caso che non avesse figli, o che avendone, essi morissero in età pupillare. Ricordiamo le parole adoperate per istabilire il perpetuo fedecommesso che gli piacque disporre, ed ogni dubbio

---

(1) *Così faremo miglior capitale della legge* 57 §. 1 *ff. ad SC. Trebell.*

(2) *L.* 11 §. 19 *ff. de legat.* 3.

sarà rimosso: » Instituisco detta marchesa mia dilettis-
» sima moglie, guardando però il letto vedovile, ere-
» de usufruttuaria DI TUTTI LI MIEI BENI, *che per*
» *qualsivoglia titolo, o ragione a me si appartengono o possono appartenere*, dopo la morte della
» quale, o nel caso che la medesima passasse a seconde
» nozze, voglio che IN DETTA MIA EREDITÀ E BENI
» succeda e debba succedere il mio fratello Capitano
» signor D. Nicola Folgori, e suoi figli e discendenti
» maschi legittimi e naturali da primogenito in primo-
» genito *in perpetuum et in infinitum*.

Il testatore sostituì dunque a tutta la sua eredità, ed a tutt' i beni che aveva, e che avrebbe potuto avere; e questa sua volontà non la ritrattò mai ne' diversi luoghi del lungo suo testamento, poichè molte altre volte egli parlò sempre di trasmissione dell' intero suo asse a' sostituiti (1). La idea di un fedecommesso di reliquato mal si annoda con queste dichiarazioni, poichè l' obbligo di restituire l' avvanzo di una eredità, e l' invito di raccorla intera, son cose incompatibili. E noi stentiamo a credere che i nostri dotti avversarj

(1) *Un condizionale fedecommesso di reliquato si legge nel testamento del marchese D. Ferdinando, ma solo pe' mobili e gioie che legò alla moglie, e*

abbian potuto aver fiducia su tal nuova escogitazione, mentre vedevano che il testatore D. Ferdinando, lungi di permettere che i suoi beni soffrissero la menoma distrazione per indi restituirsi ne' casi figurati *il sopravvanzo*, fu diligentissimo in prescriver più volte che, tranne i mobili particolarmente legati alla moglie, tutta la sua eredità a costei, vera pupillar sostituita, ne' casi contemplati si deferisse, per indi esser tramandata in via di fedecommesso agli altri progressivamente invitati. Quel che non volle, anzi disapprovò il testatore, in grazia del sostituito, lo stabilirebbe la legge? Ma questa (non sarà mai superfluo il ripeterlo),

---

pel caso che avesse figli. » *Le lascio ancora* (egli » disse) *il mobile di casa, e suppellettili, oro, ar-* » *genti, gioje, cavalli, e carrozze, guardando il* » *letto vedovile: ed in tempo di sua morte, lascian-* » *do figli con me procreati*, voglio che resti loro quel- » lo che l' avvanzerà dopo sua morte; *e non essen-* » *dovi figli, detti mobili, suppellettili, oro, argenti,* » *gioje, carrozze, e cavalli siano anche in proprietà* » *di detta mia dilettissima moglie* ». *Vedasi adunque ch' è improprio di parlar di residuo negli altri beni, ossia negl' immobili del testatore, nè è lecito di saperne più di lui.*

lungi di far testamenti, è gelosa custode della volontà di coloro che gli formarono; nè ammette interpetrazione quando la volontà è chiara: *Quum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio* (1).

§. IV.

Se anche il voluto fedecommesso del residuo esistesse, D. Nicola Folgori non potrebbe giovarsene, perchè rigettato tanto dalle leggi del 1810, *che da quelle ora in vigore.*

Non è già nostro pensiero di provare che il fedecommesso di residuo sia in urto coll' articolo 896 del codice francese, e colle nostre leggi civili. Questa discussione la crediamo oziosa in modo, che in una nota, per solo amor di esattezza, più innanzi additammo che la giurisprudenza non è così *favorevole al residuo*, come si è asserito. Alla nostra causa non nuoce che tal fedecommesso si supponga innocente, poichè siam sicuri di non poter essere utile al sosti-

(1) *L.* 25 §. 1 *ff. de legat.* 1.

tuito, tanto se si consulti la legge del 1810, che se si ricorra alle leggi che sono in vigore.

Ed in vero; ammessa la obbliquazione della pupillare nulla in fedecommesso di reliquato, è indubitato, secondo i precisi termini della legge *Scaevola respondit* di sopra esposta, e le uniformi dottrine di Cujacio, di Gomez, e di quanti furono illustri interpetri del romano dritto, che il sostituito prende la eredità, o i beni che lascia il pupillo, non da lui, ma dalle mani de' suoi legittimi successori. Scevola riconobbe che all' impubere, cui nullamente erasi dato un pupillar sostituito, la madre successe come sua legittima erede; e disse, attesa la inversione » *mater quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur* (1).

Nasce da ciò che l'obbligo di restituire, esistendo presso gli eredi legittimi di Salvatore Folgori, restò annullato da tutte e due le legislazioni, cioè dall' articolo 896 del codice francese, e dall' articolo 943 delle leggi nostre.

È dunque frivola la escogitazione del fedecommes-

(1) *L.* 76 *ff. ad SC. Trebell. Ved. Cujac. in lib.* 6 *respons. Papin. ad L.* 12 *ff. de vulg. et pupill. substit.*

so del residuo. Questo residuo intendendosi in virtù della legge acquistato da' legittimi successori del pupillo, costoro in faccia al sostituito tutto dovrebbero restituirgli, se la legislazione de' due tempi, della morte del testatore e di quella dell' effetto, non andasser d'accordo per la nullità delle sostituzioni fedecommessarie. Ed ecco come i beni di Salvatore Folgori, già liberi in mano a' suoi legittimi eredi, fanno perdere al prediletto fedecommesso di reliquato quell'efimero splendore, che su le prime avea fatto concepire al sostituito ben liete speranze.

Oltre di che, non può egli trarne profitto sotto un altro non ignobil rapporto. Se a dispetto della legge cardinale della pretesa obbliquazione, e delle dottrine uniformi degl' interpetri più celebrati, tal fedecommesso di residuo potesse dal sostituito ripetersi non dalle mani de' legittimi successori del pupillo, ma da costui direttamente, nè anche andrebbe esente da nullità. Merlin e Toullier, che si sono citati come campioni del residuo, non hanno osato asserire che si potesse incaricare il sostituito di restituirne i beni ad altr' invitati, poichè questi ulteriori doveri sarebbero stati avvolti nel divieto dell' articolo 896. Al contrario essi credettero che il reliquato dovesse passar libero al sostituito, ed in ciò propriamente riposero la pretesa innocenza di questo fedecommesso.

Ora è di fatto che D. Nicola Folgori, lungi di esser chiamato a raccogliere il voluto residuo per disporne a piacere, ebbe dal testatore D. Ferdinando il divieto di qualunque alienazione, onde i beni si conservassero per esser restituiti con ordine successivo a' chiamati nel fedecommesso primogeniale perpetuo: » *Proibisco* (son parole del testatore) *a detto D.* » *Nicola, ed agli altri chiamati in detta primogeni-* » *tura e fedecommesso l'alienazione e distrazione* DI » DETTI MIEI BENI *per qualunque causa anche pri-* » *vilegiata e permessa dalle leggi, volendo che* DETTA » MIA EREDITÀ E BENI SI CONSERVINO NELLA FAMI- » GLIA *in perpetuo ed in infinito per li chiamati in* » *detta primogenitura e fedecommesso* ».

Posto ciò, il fedecommesso di reliquato a favore di D. Nicola è manifestamente viziato da' fedecommessi che vi furono aggiunti. E questa mistura rende così torbido il novello dritto che il sostituito si determinò a far valere, che non può sfuggire dalla nullità che ne pronunziano e l'articolo 896 del codice abrogato, sotto il di cui dominio la successione del testatore D. Ferdinando venne ad aprirsi, e l'articolo 943 delle attuali leggi civili, il quale toglie via di mezzo anche le sostituzioni di primo grado.

§. V.

Il fedecommesso di residuo , se anche fosse conciliabile col testamento del marchese D. Ferdinando Folgori , e colle leggi antiche e nuove , pure si estinse appena che il pupillo pervenne all' età di 14 *anni , o tutto al più a quella di* 16.

Questa proposizione prova , che quasi tutte le quistioni che i difensori del sostituito han promosse , potranno esser giovevoli per la cattedra , o per alimentar le accademie , ma sono del tutto inutili nella causa.

Di fatti , si ammetta pure che , a dispetto delle leggi e della volontà del testatore , la pupillare nulla si volga in fedecommesso di reliquato ; quanto dura questo fedecommesso ? Tutto il mondo risponde che si estingue appena che il pupillo arriva alla pubertà , cioè a' 14 anni. Ecco l'autorità di Vinnio , sostenuta dalla uniforme sentenza delle leggi , e degl' interpetri : *Caeterum substinebitur hoc fideicommissum* (cioè quello della pupillare obbliquata) *usque ad tempus pubertatis* ; *cum vero pupillus adoleverit , evanescet , ne , quod propter utilitatem impuberis introductum est , puberi jam facto obsit in libertate testandi , arg. L. si fundum* 92

§. 2 junct. L. quod fideicomm. 93 de leg. 1. L. coheredi 41 §. 3 hoc tit. L. ex facto 43 §. 1 eod. junct. D. L. Scaevola, ita ferme et plerique recentiores, Cujac. 11 obs. 25. Govean. ad D. L. 7. Paul. Bus. ad L. centurio 15 eod. Duaren. comment. in hunc tit. c. 16 — Vasquez D. L. 1 de succ. progr. §. 1 n. 118. Ant. Fabr. 15, com. 12 et 14. Fachin. 4 cont. 44 add. Menoch. de praesumpt. par. 2 lib. 4 tom. 1 praes. 34 et 55, et quae nos sub §. sequ. (1).

Nulla è di ciò più analogo alla volontà del testatore. La condizione ch' ei volle unire all' invito del sostituito è *si filius in pupillari aetate decesserit.* Scorsa la età pupillare, come sarebbe possibile di estendere la durata della pupillare obbliquata, mentre nol permettono le leggi, e la volontà del testatore non solo manca, ma è formalmente pronunziata in contrario? Ed è qui da notare l' insegnamento del Cujacio in più luoghi delle sue opere ripetuto, che la obbliquazione nel caso della legge *Scaevola, ff. ad Trebell.* non altrimenti fu ammessa che per esser morto il pupillo nella età della impubertà: *Quod si in specie legis Scaevola* (egli conchiude) *pupillus decessisset post pubertatem, sane omnis substitutio intercidisset,*

(1) *Vinn. in §. 8 instit. de pupill. n. 3 in fin.*

nec ullo jure consisteret , quia ut testamentum , ita codicillos nemo jure potest facere alii qui sibi ipsi potest facere : esset enim absurdum quem puberi , et sanae mentis facere testamentum , vel codicillos , quod tamen contingeret , si mortuo filio post pubertatem diceres in specie legis Scaevola , hoc detracto , quid mortuus est post pubertatem , testamentum , quod ei fecit pater, valere ut codicillos (1). Ed altrove anche sul proposito delle sostituzioni che formano oggetto della obbliquazione fondata su la legge *Scaevola* , aggiugne « *quarum nulla valeret tamen si pupillus vita post XIV annum excessisset* (2).

Segue da ciò che la inflessione della pupillare in fedecommesso del residuo nè anche per ombra migliora la causa del sostituito Folgori. Questo fedecommesso si estinse per sempre , appena che il pupillo divenne pubere , cioè quando egli arrivò all'età di 14 anni ; e tutto al più a quella di sedici , se voglia ammettersi che lo statuto , che allunga la incapacità del testare ,

(1) *Cujac. comment. lib. VI respons. Papin. ad L. 12 ff. de vulg. et pupill. substit. in fin.* , *et in tit. cod. de impub. etc. in L. Precibus tuis manifestius.*

(2) *Cujac. obs. lib. II cap. 25 lit. C.*

abbia ben anche la forza di accrescere la pupillare, sia valida, sia inflessa. Laonde sì fatto fedecommesso svanì tre anni, o un anno prima che Salvatore Folgori cessasse di vivere. E così tutti gl' ingegnosi trovati del sostituito incontran la tomba ov' ebbero la loro culla!

PARTE OTTAVA.

Quali sono i successori legittimi del defunto marchese di Ducenta? — Patti di Capuana e Nido.

SEZIONE I.

La legge vuol che indistintamente succedano i zii delle due linee.

È veramente per noi la più grave delle sventure, in una causa che già tutti ha percorsi i gradi della celebrità, l'obbligo di provare con lunghi ragionamenti ciò che per la legge espressa non forma dubbio.

« La successione legittima sarà deferita a' figli o » a' discendenti del defunto, agli ascendenti, ed a' » collaterali del medesimo, nell' ordine e secondo le » regole determinate qui appresso — La legge nel re- » golare la successione risguarda la prerogativa della li- » nea ne' modi e casi espressi in seguito, e la prossi- » mità della parentela. *Non attende l' origine de' beni* » se non ne' casi espressi negli articoli 670 e 671 (1).

(1) *Questa limitazione è stabilita in favore degli*

» In mancanza di figli e discendenti, di ascendenti,
» di fratelli e di sorelle, e de' loro discendenti, la
» successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi
» al collaterale più prossimo, IN QUALUNQUE LINEA SI
» TROVINO ».

Son queste le disposizioni degli articoli 654, 655 e 673 delle leggi civili, alle quali trovansi strettamente legati i diritti de' zii delle due linee per concorrere alla successione di Salvatore Folgori. Ed in vero se, come è testualmente dichiarato da S. M. nel Real Decreto de' 4 marzo 1817, *le successioni son sempre regolate con quelle leggi che han vigore nell'epoca in cui si deferiscono*, come si può offendere l'invito de' zii materni che in quegli articoli sta scritto con una chiarezza che trionfa di tutte l' escogitazioni de' contraddittori? Stolta è la sapienza che vuol saperne più della legge.

L'AUGUSTO RIFORMATORE del novello editto successorio, nel chiamare i collaterali delle due linee, non volle che il suo precetto fosse ad alcuna limitazione sottoposto. *In qualunque linea si trovino*, egli disse. Queste parole

---

ascendenti in riguardo alle cose che essi donarono a' figli e discendenti, senza prole premorti: quindi non ha che fare nella causa che trattiamo.

hanno tale efficacia, che se per ventura, alla morte di Salvatore Folgori soli zii materni si fossero trovati esistenti, e congionti di più rimoto grado nella linea paterna, i primi soltanto raccolta avrebbero la intestata successione del loro nipote: tanto è lungi che il loro diritto potesse, per vaghezza di perpetuar l'imperio degli antichi nostri municipali statuti, e de' patti che v'erano innestati, esser più bilanciato o controverso!

La successione per linee si affacciò alla mente del Legislatore come uno di quei bizzarri stabilimenti, che, traendo la loro origine dalla barbarie de' mezzi tempi, contrariavano le indicazioni della natura, turbavano l'ordine prestabilito delle legittime successioni, ed assegnavan limiti a' diritti che si acquistano pel solo fatto della parentela. Quindi egli rigettò quest' abborrita succession lineale, e tutto annunziò il suo divisamento in quelle parole sacramentali « *La successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo in qualunque linea si trovino.*

E gravi ed alti motivi guidarono il Legislatore nel pareggiare i diritti de' congiunti delle due linee. « L'uomo ha parenti in ognuna di esse; appartiene a due famiglie, a quella di suo padre, e a quella di sua madre; si presume che abbia una eguale affezione pe' parenti dell'uno e dell'altro lato; ed

» egli ha d'altronde beni che pervennero dall' una e
» dall' altra linea — I suoi parenti delle due linee deb-
» bon esser egualmente chiamati alla di lui successione.
» È questo il voto della natura d'accordo colla giusti-
» zia. Serve altronde a restringere i vincoli di due fa-
» miglie lo stabilire fra esse il diritto di reciproca suc-
» cessibilità (1) ».

Che si oppone a tutto questo da' paterni zii del-
l' estinto marchese? I genitori di costui, essi dicono,
regolarono il di loro matrimonio, traducendo in espresso
patto tutti gli elementi dell' uso di Capuana e Nido.
Questo particolare uso esclude i collaterali della linea
materna dal succedere ne' beni paterni pervenuti al fi-
glio che muoia intestato e senza prole. Dunque i zii
materni di Salvatore Folgori non possono, per la du-
revole efficacia di quel patto, prender parte in una suc-
cessione, la quale presso che interamente si compone
di beni derivati dal paterno lato.

Al solo annunzio di questa bizzarra ed assurda
impresa, il torto de' suoi autori spontaneamente si of-
fre. Il voler che anche ora si dia effetto ad una suc-
cessione lineale pattizia, mentre le nuove leggi impe-

---

(1) *Rapporto del tribuno Chabot de l'Allier sul titolo delle successioni.*

riosamente cancellarono ogni odiosa differenza nelle due linee, è un tentativo quanto ardito, altrettanto frivolo ed illusorio. Di fatti i primi Giudici legarono il loro pregevole avviso alla lettera della legge, nè di molta confutazione onorarono una domanda che porta seco tutti i vizj della sua infanzia.

Ma le liti han pur esse il loro destino. E come il nocchiero che solca onde tranquille, sta pensieroso e guardingo per antivedere i perigli che improvvisa tempesta suscitar possa in mezzo al felice suo corso; così noi, già ricchi di tutti gl' ingegnosi trovati che i nostri avversarj immaginarono per oscurare la ragione de' zii materni, sebben sicuri della vittoria, passiamo a trattar di proposito de' prediletti patti di Capuana e Nido. Gli egregi Giudici non leggeranno queste carte, se pari alla nostra, è la loro convinzione per la temerità dell' assunto de' zii paterni: al contrario, essi avranno una confutazione metodica del loro sistema, se, reso gentile per lo saper sommo di chi lo avvalora, potesse conciliarsi per poco l'attenzione della giustizia.

SEZIONE II.

Dell' abolizione dell' uso di Capuana e Nido.

§. I.

Occasione, origine ed effetti dell' uso di Capuana e Nido.

Le consuetudini napoletane, regolando la successione de' discendenti, facean passaggio a quella de' congiunti più prossimi a colui che senza discendenza morisse. In questo caso esse stabilivano una successione per linee: i beni paterni davansi a' più prossimi congiunti dal paterno lato, i beni materni a' congiunti della linea materna (1): onde l' adagio « *maternis cedant materna,* » *paterna paternis* ».

Ma queste consuetudini parlando de' prossimiori delle due linee, e non de' genitori del defunto, Napodano il primo promosse il dubbio se, costoro sopravvivendo al figlio che privo di prole morisse, si do-

(1) *Consuetud. Si quis vel si qua, tit. de success. ab intest.*

vesse o no interrompere la consuetudinaria successione lineale: in questo caso egli avvisò esser più vero che la consuetudine cessasse *patre vel matre in medio existente* (1). Questa sentenza fu pienamente applaudita nel foro.

Ma i nobili de' sedili di Capuana e Nido ripararon tosto alla omissione delle consuetudini, per vaghezza di concentrare i beni nelle rispettive famiglie ed in favor de' maschi. Quindi adottando gli stessi mezzi all' uopo suggeriti dal Napodano (2), immaginarono un uso che, mentre conservasse l' ordine consuetudinario di succedere, dalla esistenza de' genitori esser non potesse interrotto.

Fu dunque per tai motivi introdotto nelle famiglie de' nobili di quei due sedili il costume della reciproca rinunzia nelle tavole nuziali alle successioni de' figliuoli da nascere dagli sposi: il marito situavasi nella classe de' successori della linea paterna, e la moglie fra quei della linea materna, quasi nella mentovata consuetudine *Si quis vel si qua* anche i nomi de' genitori vi si leggessero, cioè *pater et proximiores ex*

(1) *Napod. su la consuetud. Si quis vel si qua num.* 132, *e più diffusamente ne' num.* 180 *e segu.*
(2) *Su la consuetud. Si quis vel si qua n.* 195.

parte patris ; mater et proximiores ex parte matris.

Questo novello sistema fu accolto con tal favore, che divenne uso e consuetudine di patteggiare non solo fra gli aggregati a' due sedili, ma pur fra coloro che non vi fossero ascritti: ond' è che uso e consuetudine da' glosatori delle consuetudini, e da' nostri dottori fu appellato; e comunemente *nuova maniera* fu detto (1).

E perchè sì fatta consuetudine particolare ottenesse uguale autorità delle consuetudini generali di Napoli già approvate dal Re Carlo II, non i soli nobili de' due sedili, ma tutta la città ne chiese nel 1505 al Re Ferdinando il Cattolico la conferma, insistendo per la garantia degli *usi scritti e non scritti* (2).

Di quest' uso di Capuana e Nido vi son due dizioni. La prima si ha per le cure di Matteo degli Af-

(1) *Ad consuetudinem Capuanae et Nidi secundum novum usum, vulgo* alla nova manera *est notandum ec. Glos. ad consuetud. sotto il n.* 195 *di Napod. Consuetudo Capuanae et Nidi quae vulgo dicitur* alla nova manera, *Glos. Quoniam, ivi.*

(2) *Privilegj e Capit. della Città di Napoli di Ferdinando il Cattolico cap.* 5. *Ved. Grimaldi istoria delle leggi e magistrati del Regno di Napoli lib.* 13 *n.* 61 *tom.* 3 *pag.* 88.

flitti; ed è inserita nella sua decisione 237. L' altra più corretta, e più esatta fu quindi pria dal de Bottis, e poi da Camillo Salerno *a fide dignis prothocollis* con maggior cura raccolta, ed inserita nel corpo delle consuetudini (1).

In qualunque modo, volendosi anche secondare i desiderj de' nostri contraddittori, i quali elessero la formola di Afflitto, non altro può ricavarsene che la verità della reciproca rinunzia che i genitori in tempo delle loro nozze faceano alla successione de' figli per quei beni che provenissero dalla linea alla rinunziante opposta. Per lo che l'effetto unico di questo uso, quello che fu esclusivamente avuto in mira nell' immaginarlo, si limita alla esclusione del padre dal diritto di succedere al figlio ne' beni a lui pervenuti dal materno lato; e la reciproca esclusion della madre dal succedere al figlio ne' beni paterni. Dunque quest' uso non ebbe in voto che la consuetudinaria successione lineale anche nella esistenza de' genitori, onde tor di mezzo la

(1) *Questa formola, nelle consuetudini registrata, fu propriamente quella che servì sempre di norma al S. C., come attesta l' ultimo scrittore Pecchia nella continuazione della storia civile politica del Regno di Napoli lib. 3. cap. 25.*

interruzione dipendente dal sistema per lo innanzi ricevuto che le consuetudini cessassero *patre vel matre in medio existente*. All'uopo il de Rosa : *Aliud non est novus usus, quam successio juxta consuetudinem Si quis, vel si qua, addita parentum exclusione* (1). Lo stesso è affermato da tutti i nostri dottori ; e tra di essi il presidente de Franchis, il reggente de Marinis, il reggente de Ponte, il consiglier di Giorgio, il Provensale, il Montano, il Teodoro, e quanti furono i nostri consuetudinisti più in credito.

Nè questi principj erano alterati quando si trattasse di beni fuori distretto, ed in conseguenza sottratti al dominio della consuetudine. Il patto di Capuana e Nido, ove sopra tutti i beni, come nella specie, versasse, produceva precisamente l' effetto di sommettere per convenzione i beni fuori distretto all' imperio della consuetudine. Giovan qui le autorità riportate dagli stessi nostri contraddittori : *Aliter tamen est quoties ultra consuetudinis dispositionem concurrit etiam contrahentium pactum continens relative consuetudinem ipsam : etenim videntur tunc contrahentes* eam consuetudinem in eorum territorio inducere, vel bona in eorum territorio sistentia eidem consuetudini submittere,

---

(1) *De Rosa, consultat.* 6 *n.* 65 *e segu.*

quae submissio non ut consuetudo, ex potestatis defectu impeditur: etenim suae quisque rei moderator est, et arbiter, quo fit ut bona, etsi extra districtum, etiam consuetudini subjecta *veniunt dicenda* (1). Dunque è fermissimo il principio che tal patto era unicamente relativo alla consuetudine, cioè a trasportare la consuetudinaria succession lineale anche fuori il territorio in che si limitava il dominio della consuetudine. Dal che nasce spontanea la verità di applicazione, che cioè la successione distintamente per linee sia in tutti i casi la ragione efficiente e finale del patto.

(1) *Jo. Franc. Marc. disput.* 45 *tom.* 1. *Scopp. scol. cent.* 1. *Merlin. controv.* 16 *n.* 25.

§. II.

L' uso di Capuana e Nido ridotto in patto non può sotto l' azione delle nuove leggi farsi valere contra i collaterali della rinunziante che non v' intervennero.

I. *Argomento da' motivi e dall' oggetto dell' antica quistione se l' uso di Capuana e Nido operar dovesse come uso, o come patto.*

Fu grave quistione fra' consuetudinisti, se l' uso di Capuana e Nido, nelle tavole nuziali convenuto, operar dovesse come uso, o come patto. Ma tal controversia i nostri dottori la trattarono non già nel senso che l' uso o patto valer potesse senza che vi fosse l' uso, come a pieno torto i nostri avversarj hanno asserito; ma all'oggetto se, o chi non era de' due sedili, o una straniera rimettendosi semplicemente all' uso senza adottarne un per uno tutti gli articoli, rimanesse obbligata; ovvero fosse necessario specificarli.

Folta schiera de' nostri dottori convenne nel dire che, adottato l' uso, valer dovea come uso in chi avea voluto seguirlo, non come patto. Quindi essi insegnarono non esservi bisogno in tal caso di pattuire espres-

samente, che gli sposi rinunziavano a vicenda i loro diritti alla successione de' figli in favor de' congiunti della linea diversa di ciascuno de' rinunzianti, perchè i beni paterni si deferissero a' prossimiori congiunti paterni, e materni, giusta la consuetudine; ma esser sufficiente che gli sposi dicessero: *Noi convenghiamo secondo l'uso di Capuana e Nido*, *o alla nuova maniera*, per intendersi in tal modo adottati tutti gli elementi dell'uso.

Fu questa la opinione più in credito, e dal numero maggiore de' dottori abbracciata. Ma il S. C., senza tener dietro a consultazioni ed allegazioni di avvocati, i quali sovente scrissero per interesse della causa e per lucro, nel 2 maggio 1638 a due ruote decise che: *Respectu nobilium huius civitatis mos ille vera sit consuetudo: respectu caeterorum, qui illi se submiserunt, debet considerari tamquam pactum, cuius natura est, ut non ultra expressa extendatur* (1). E

---

(1) *Questa decisione è riferita dal Merlino, controv. lib. 2 cap.* 49 *n.* 1 *e* 19 — *Fabio d'Anna, Agnello d'Amato, Scipione Teodoro, Camillo la Ratta, il Merlino, lo Scoppa ed altri sostennero che l'uso adottato operar dovea come uso, e non come patto, in opposizione del di Giorgio, del Rovito, del Molfesio, e del Panzuto.*

non può dubitarsi che la marchesa di Ducenta era dama del sedile di Nido, per cui contraendo adottava la propria consuetudine e i proprj patti.

Del resto, a quali conseguenze si vuol mai che strascini questa famigerata quistione se l'uso di Capuana e Nido regger dovesse come uso, o come patto? Sia l'uno o l'altro: sia patto come vogliono gli avversarj, la sua natura non scambia, perchè il suo oggetto è sempre quello di escludere i genitori, onde dar luogo alla succession lineale stabilita dalla consuetudine *Si quis*, *vel si qua*: *Novus usus Capuanae et Nidi*, insegna opportunamente il de Rosa (1) *sive sit vera consuetudo*, *sive sit simplex renunciatio*, *sive renunciandi usus*, *unde nullam ob causam fuit inventus*, *nisi ut parentes excluderet*, *et etiam iis existentibus consuetudini si quis*, *vel si qua*, *ac bonorum distinctioni locum faceret.*

Questa è la vera intelligenza della quistione promossa; e nell'esposto senso propriamente la minor parte de' nostri dottori s'indusse a credere che l'uso dovesse sempre oprar come patto, cioè che tutti gli elementi dell'uso dovessero convenirsi. Ma niuno di essi avvanzò l'opinione che l'uso ridotto in espresso

(1) *Consultat.* 6 *n.* 65 *et sequ.*

patto, niun rapporto, od indipendente esso fosse dalla consuetudine cui assisteva; poichè questo avviso avrebbe offesa la natura dell' uso, e l' oggetto per cui nacque, rivolto sempre a tener in fiore la consuetudinaria succession lineale, e la distinzione de' beni. E più innanzi vedemmo che anche pe' beni fuori distretto, ove per impedir che si succedesse co' principj del diritto comune secondo la ricevuta opinione del Napodano (1), vi bisognava un espresso patto, questo non era che relativo alla consuetudine, perchè tendeva a soggettare al suo dominio i beni fuori distretto, onde del pari servissero alla consuetudinaria successione per linee.

Segue da tutto ciò che frivolo è pe' nostri contraddittori l' appoggio di pochi eletti consuetudinisti, i quali, contrastando la più sensata opinione del maggior numero, vollero dire che il convenuto uso di Capuana e Nido dovesse unicamente valer come patto. Questo patto, or che l' uso è per le nuove leggi abolito come uso, per modo che non può esser più l' obbietto de' contratti di nozze, non ha forza di escludere i collaterali della rinunziante dal succedere al figlio che dopo di lei sen muoia senza prole, ed intestato. Sotto

(1) *In consuetud. Si quis vel si qua, in verb. bonis omnibus n.* 174.

l' azione delle vecchie leggi i collaterali delle rinunzianti non si escludevano mai sull' appoggio del patto, cioè come avvinti ad una convenzione nella quale essi fossero intervenuti : la loro esclusione dipendeva dalla efficacia della consuetudine, la quale stabilendo la successione lineale con distinzione de' beni, rimuoveva direttamente i collaterali di una linea dal prender parte ne' beni derivati dalla linea opposta; ma non vi è caso che si dicesse a questi collaterali : *Voi siete esclusi, perchè tenuti al patto di non domandare, o di non succedere, di cui vi rendeste autori.*

II. *Argomento dall' indole e dagli effetti de' patti rinunziativi in generale, e di quelli di Capuana e Nido.*

Suppongansi per poco che, anche sotto l' azione delle nuove leggi, la rinunzia fatta dalla marchesa di Ducenta ne' suoi capitoli matrimoniali, avesse potuto esserle di ostacolo a succedere al figlio. Domandiamo : or che la marchesa trovasi a costui premorta, possono i di lei fratelli che non son suoi eredi, soffrir l' ostacolo di tal rinunzia, ed esser rimossi dalla intestata succession del nipote, mentr' essi vi vengono chiamati dalla legge, per diritti di sangue e di pro-

pria parentela? È quì che noi riduciamo la quistione per renderla assai più semplice.

Le rinunzie non sono dissimili da tutti gli altri patti e convenzioni: dunque non posson andar esenti dalle regole che ne determinano la efficacia, e gli effetti.

I patti obbligano non solo i contraenti, ma i loro eredi: è un dettato comune che l'erede è legato dal fatto del defunto (1). Ma è del pari anche un assioma imposto dalla ragione universale che, siccome le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che ne sono autori (2), così esse non hanno effetto che fra le parti contraenti, e non pregiudicano nè giovano a' terzi (3), nè a coloro che non sono eredi de' contraenti (4): *Alteri per alterum iniqua conditio inferri non potest. — Inter alios res gestas*

(1) *L. cum a matre* 14 *cod. de rei vindicat. L.* 3 *cod. de reb. alien. non alien. L.* 1 §. 1 *ff. de except. rei vend.*

(2) *Art.* 1098 *legg. civ. L.* 23 *ff. de regul. jur. L.* 1 §. 6 *ff. depos.*

(3) *Art.* 1118 *legg. civ. L.* 26 §. 4 *ff. de pactis.*

(4) *L.* 73 *ff. de eviction.*

aliis non posse praejudicium facere, *saepe constitutum est* (1). — *Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus caeterorum* (2). E la marchesa di Ducenta niun diritto avea, nè veruna potestà su i di lei fratelli e sorelle per interdir loro le ragioni veementissime di sangue, e di prossimità che la natura crea e la legge garantisce. Ella non poteva, per lo nascimento di un figlio, far sì che i di lei fratelli e sorelle non gli fossero zii; nè potea cancellar la legge che avrebbe loro attribuiti i diritti di successione.

Queste nozioni sarebbero sufficienti a mettere in pieno discredito le vociferazioni de' nostri contraddittori, i quali in buona fede si diedero a credere che il patto in contesa potesse ancora esser di ostacolo a' Pignatelli. Ma la causa esige che si discenda a più minuti particolari.

Il giureconsulto Ulpiano avea insegnato che de' patti alcuni diconsi *reali*, altri *personali*: *Pactorum quaedam in rem sunt*, *quaedam in personam. In rem sunt quotiens generaliter paciscor*, ne petam: *in personam*, *quotiens* ne a persona petam, *id est* ne a Lucio Titio *petam. Utrum autem in rem*, *an in personam pactum factum est*, *non minus ex verbis*, *quam*

---

(1) *L.* 1 *cod. inter alios acta.*

(2) *L.* 3 *pr. ff. de transact.*

ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim (ut et Pedius ait) persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est (1). I nostri avversarj nel riportar un pezzo di questa legge, si avvisarono di fondarvi il seguente ragionamento: » Il patto dun- » que di cui parliamo è *reale*, non *personale*. La donna » dunque si accostò *ad fines* de' signori Folgori a patto » che in niun caso il costoro patrimonio passasse ne' » Pignatelli. La cosa e le famiglie, non gl' individui, » e persone sole degli sposi furono l' oggetto del con- » tratto: l' eredità rinunziate riguardavano l' intera fa- » miglia Folgori, l' intera famiglia Pignatelli: il pa- » trimonio dunque di Folgori deve ad essi serbarsi, » a costoro il patrimonio de' Pignatelli: nella persona » de' due sposi, le due famiglie, le due agnazioni » convennero insieme (2) ».

Vi vuol poco a dimostrare che questa argomentazione è riprovata e viziosa, sia che si riguardi l' indole e la natura del patto, sia che si ponga mente alla sua efficacia verso coloro che non vi concorsero.

---

(1) *L.* 7 §. 8 *ff. de pactis.*

(2) *Pag.* 82 *dell' allegazione del cavalier Nicolini per la duchessa di Caccuri.*

Con molta enfasi si è asserito che il patto stipulato dalla marchesa, essendo *reale*, induce la esclusione non solo di lei, ma di tutt'i suoi congiunti dal dritto di succedere ne' beni della famiglia Folgori. Ma in ciò non si fa una esatta applicazione del patto che si vuol *reale*.

La distinzione de' patti in reali e personali, insegnata dal giureconsulto Ulpiano, ha questo effetto. I primi giovano non solo al patteggiatore, ma anche agli eredi ed a' fideiussori: *In rem pacta*, dice il giureconsulto Paolo, *omnibus prosunt*, *quorum obligationem dissolutam esse ejus*, *qui paciscebatur*, *interfuit*: *itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet* (1). Al contrario i patti personali giovano e nuocono a' soli patteggiatori, non agli eredi, e molto meno a' successori singolari (2).

Si potrebbe sostenere, e non a torto, che il patto *ne petam*, stipulato dalla marchesa di Ducenta, non è *reale*, ma *personale*; poichè ella non intese, nè volle dire al *figlio erede* che non succedesse ne' beni a lei derivati dal

(1) *L.* 21 §. *ult.*, *L. ult. ff. de pact. L.* 7 §. 1 *ff. de except. praescrip. et praejud.*

(2) *L.* 7 §. 8, *L.* 17 §. 3, *L.* 25 §. 1 *ff. de pactis.*

materno lato; ma pel contrario, onde non interrompere il corso della consuetudinaria successione per linee, la marchesa abdicò la futura successione del figlio che, nascendo dalle sue nozze, intestato e senza figli in vita di lei sarebbe andato a morire. Non era altro l'oggetto del patto, come più innanzi osservammo nella parte storica dell'uso delle nobili piazze di Capuana e Nido. E sotto tal rapporto, il patto non è che personale. La marchesa, traendosi di mezzo colla sua estintiva rinunzia, volle toglier l'impedimento che la sua presenza avrebbe potuto cagionare nell'esposto caso alla successione de' prossimiori delle due linee, sostenuta dalle consuetudini.

Ma, per aderire al sistema de' nostri avversarj, sia *reale* questo patto. Qual pro per essi? I Pignatelli che non son eredi della sorella, perchè di lei fu erede il figlio della di cui successione ora si contende, non possono esser lesi dalla rinunzia che ella sola era chiamata a dare, senza che l'intervento di alcuno de' prossimiori della sua linea si richiedesse. In ciò reggono i principj regolatori de' patti in generale (1). La promessa del fatto alieno, quando non sia garantita dal-

(1) *LL.* 73 *e* 74 *ff. de regul. jur. L.* 10 *ff. de pact. dotal.*

la stipulazione penale, o dal dovere di prestare una indennità (1), è fatua ed inefficace nell' interesse de' terzi: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur* (dice il giureconsulto Paolo): *itaque alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur, nam de se quemque promittere oportet* (2).

La *realità* del patto è dunque una circostanza che non migliora la condizione di coloro che lo invocano, perchè non possono esservi astretti i Pignatelli, i quali si presentano a succedere per proprio dritto lor conferito dalle nuove leggi, senza che sieno eredi della sorella, od astretti a rappresentarla. A piena persuasione de'nostri contraddittori, che con tanta fiducia ricorsero al voluto *patto reale* della marchesa, non vogliamo omettere di notare una squisita dottrina di Ulrico Ubero, con rara precisione congegnata per dimostrare qual sia l'effetto de' patti reali, ed a chi possano opporsi: *Pacta* (così il dotto uomo), *contractus, non tribuere actionem adversus eum qui non pactus est, vel non contraxit, notissimi juris est, L.* 15 *C. si cert. petat. L.* 13 *Cod. de obl. et act. Unde et in L.* 3 *Cod. de servit. ita demum servitutes ad emptores tran-*

(1) *L.* 38 §§. 1, 2 e 17 *ff. de verb. oblig.*
(2) *L.* 83 *ff. eod.*

sire dicuntur, si ea praecesserint, quae servitutes constituunt, *ast nuda placita tueri inter contrahentes debent, adjicitur. — Carpzovius pacta conventa quibus servitutes promittuntur, vult in dubio esse pacta in rem, idque probat ex L.* 9 *ff. de probat. L.* 13 *cod. de contrah. et commit. stipulat. ubi id ita scriptum est. Quod ut ei concedamus, inde tamen minime sequitur*, earum vim ad alios possessores, qui nec contraxerunt, nec heredes contrahentium fuere, produci; *cum textus nihil aliud habeant*, quam pacta in dubio non ad personas contrahentium solas, sed eorum quoque heredes pertinere — Denique, pacta in rem non eo sensu personalibus opponuntur, quod rem afficiunt, ubicumque sit, aut contra quemvis rei possessorem valeant; sed quia non spectant unam certamque personam, verum ad heredes quoque et fidejussores; ut tamen numquam ultra vim conventionis, *ut diximus ad tit. ff. de pactis posit.* 8, 9, *et* 16 (1).

Vedasi dunque che non giova a' Folgori la pretesa realità del patto *ne petam* che D. Marianna Pignatelli pronunziò nell' andare a nozze. Questo patto reale non

(1) *Huber. Instit. jur. Fris. lib.* 2 *cap.* 6 *de servit. n.* 14, 15 *e* 16 — *Voet in tit ff. de pactis n.* 11 *et* 13 — *Heinnecç. in eod. tit. ff*, §. 357.

va oltre gli eredi: e i Pignatelli che, tolte di mezzo le consuetudini garanti delle successioni lineali con distinzione de' beni, ora vengono a succedere al nipote per dritto di prossimità, non possono esser rimossi da un patto, nel quale non intervennero, nè eran chiamati ad intervenire.

Sotto l'imperio delle consuetudini erasi quistionato se il figlio della rinunziante, potesse esser tenuto al di lei fatto, e rimuoversi dalla successione rinunziata. Napodano che volle assumere l'affermativa, la restrinse però al solo caso che il figliuolo avesse la qualità ereditaria della madre rinunziante (1); e così pure tutti coloro che sostener vollero la di lui opinione (2). Ma nel caso inverso, ove cioè il figlio non fosse erede della madre; o se il fosse, ma col beneficio d'inventario, il quale non confonde i diritti dell'erede cogli obblighi del defunto, si ammise sempre il figlio a succedere, come colui che veniva per ragion propria (3). Sebbene questa opinione riprovata fosse nel foro, ove

(1) *Napod. su la consuetud. Si moriatur n.* 38, 39 *e* 40.

(2) *Panzuto controv.* 26 *n.* 10 *e segu.*

(3) *Napod. e Panzuto ivi. Vedete anche la sua controv.* 23 *n.* 107, *e Gizio su la decis.* 4 *del Capecel.*

ammettendosi il principio che la rinunzia della madre avea insita la clausola *se la successione abdicata in di lei vita si aprisse*, si sostenne che il figlio, tutto che fosse di lei erede, non potesse per l' ostacolo della rinunzia già irrita per difetto della sua tacita condizione, esser escluso dal succedere: e così fu anche dal nostro S. C. e da' più colti tribunali stranieri costantemente deciso (1). Per lo che Roberto Maranta, ond'

(1) *Maranta disput.* 10 *n.* 5, 8 *e seg.* — *De Franchis decis.* 67 — *Grammat. decis.* 63 — *Camillo Salerno su la consuetud. Si qua moriens de muliere habente filios. Glos. ad istud verbum n.* 51 *del Napod.* — *Capecel. decis.* 4 *n.* 6, *e decis.* 41 *n.* 12 *e* 13. *Nella prima di queste decisioni i figli della rinunziante concorrevano* jure repraesentationis *della madre premorta che avea rinunziato: Renunciationem matris (dice il Capecelatro) non nocere filiis venientibus ex propria persona quamvis gradum matris repraesentant. Ratio, quia quod filii subintrent, matris gradum non habent a matre, sed a lege; certum est enim matri jam mortuae hereditatem deferri non posse, sed ex juris dispositione defertur filiis. Ved. anche Staibano centur.* 2 *resolut.* 181 *n.* 56 *e seg.* — *Sorge enucleat. forens. tom.* 7 *cap.* 36, *il primo n.* 12 *pag.* 238, *e Fabro nel cod. lib.* 2 *tit.* 3 *definit.* 14.

escludere i figli, immaginò la nota cautela, che prese il suo nome, ed indi fu in tutti i Tribunali di Europa accolta e rispettata (1). La qual cautela non vedesi in alcun modo inserita nelle tavole nuziali della marchesa di Ducenta per corteggiare ed affiancare il patto di non succedere al figlio; ma solo si legge per garantire la di lei particolare e distinta rinunzia scritta in favor della famiglia ond' era dotata ed usciva (2). Laonde in qualunque aspetto voglia la quistione attuale riguardarsi, si troverà sempre trionfante la ragione de' zii materni di Salvatore Folgori. Essi non possono esser esclusi dal succedergli per l' ostacolo della rinunzia della loro sorella. La ragione si è, che secondo i principj seguiti nel foro, tosto che la madre premorì al figlio, i di lei fratelli, se pur ne fossero eredi, non sarebber le-

(1) *Maranta disputat.* 10 *in fin.*

(2) *I nostri contraddittori voglion per forza trovar la cautela di Maranta in sostegno de' patti di Capuana e Nido cui la marchesa si sommise. Ma essi non hanno il potere di supplire quello che manca. Tal cautela non si legge ov' essi fingono di vederla. Noi aggiungiamo che non potea esservi, perchè sarebbe stata sotto l' impero delle consuetudini inutile e fatua.*

gati dalla sua già caduca rinunzia. Molto più ora che essi non vengono *jure repraesentationis*, nè come eredi della rinunziante, ma come più prossimi eredi del defunto marchese, per proprio diritto di parentela. I diritti di prossimità di sangue pervengono dalla natura, non dal fatto dell'uomo; e i loro effetti son solo dalla legge determinati ed impressi. Quindi è che, siccome uno far non può, nè egli nè i genitori suoi, che io non gli sia congiunto, così non può impedirmi di succedergli *ab intestato*. Se i matrimonj sono i veicoli della parentela, la parentela non dipende da' cooperatori della nascita, ma dalla natura: *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt* (1).

La seconda conseguenza che deriva degli esposti principj regolatori de' patti in generale, è la mancanza di diritto ne' zii paterni in opporre a quelli dell' altra linea la durevole osservanza de' patti di Capuana e Nido.

È fermissima dottrina de' dottori che le rinunzie di qualunque specie sono di stretto diritto, nè possonsi estendere *ad alias res, casus, jura, et personas* (2): ed è pur certo che i patti abdicativi, siano pure reali,

(1) *L. 5 ff. de regul. jur.*

(2) *V. presso Sorge enucleat. forens. tom. 7 cap. 36, il secondo n. 4 pag. 249.*

ecceder non possono in alcun caso le persone espressamente contemplate: *non contradicit esse realem ut clausulae indicant, sed respectu certarum personarum, quarum contemplatione fuit vel praesumitur facta renunciatio* (1). Or gli zii paterni che sono in giudizio non furono gli stipulatori della rinunzia annessa al patto di Capuana e Nido: quindi è vano l'opporla a' zii materni, perchè coloro non hanno, nè assumer possono la qualità di persone certe contemplate nella rinunzia, cui senz'alcun diritto ricorrono.

Che se poi voglia dirsi che il marchese di Ducenta, nello stipulare sì fatta rinunzia, dispose de' suoi beni in favor de' congiunti, il torto di costoro diverrà più sensibile.

Erede del rinunziante fu il figlio, della di cui successione ora si disputa. I beni paterni, supposta la chiamata esclusiva de' di lui zii, eran dunque gravati di sostituzione in favor di costoro: è di fatti principio inconcusso che, quando i beni si acquistan dal figlio *avocabiliter, nec sunt effecta proprium filii patrimo-*

---

(1) *Marcian. disput.* 8 *n.* 18 *e* 19, *il quale su tal teorema molti dottori e decisioni allega. Ved. anche Sorge enucleat. forens. tom.* 7 *cap.* 36, *il primo n.* 10 *pag.* 236 *e* 237.

nium, si verifica il caso di una sostituzione fedecommessaria, poichè il solo gravato di restituzione acquista in tal modo. Ed in vano sotto questo rapporto i nostri avversarj hanno censurata la corrispondente opinione di Camillo Laratta, poichè costui parlò da giureconsulto, nè confuse, com' essi han fatto, la riversion delle doti, colla restituzione de' beni, pervenuti al figlio dal lato paterno, a' prossimiori della linea istessa.

Nasce da ciò che il diritto de' zii paterni dell' estinto marchese, legato alla rinunzia in favor loro stipulata dal di costui padre D. Ferdinando, sarebbe svanito all' apparir della legge de' 15 marzo 1807; e i beni in contesa sarebbero liberi passati al figlio.

I fedecommessi si costituivano tanto per testamento che per patto. Ma i chiamati nel fedecommesso pattizio, ben lungi di assumere di aver essi stipulato il patto, ricorreano alla legge 2 del codice *de donationibus quae sub modo*, dicendo al possessore: *Voi avete ricevuti i beni colla legge della restituzione in favor delle persone designate.* Nè potean dire di esser egli tenuto *ex stipulatu*, perchè, a termini della legge, la stipulazione non giovava se non agli eredi dello stipulatore, non a' terzi chiamati, nè a coloro che non fossero immediati eredi di colui che formò il fedecommesso pattizio.

Come dunque i zii paterni desiderano e voglion succedere? come persone chiamate nel patto, o come eredi dello stipulatore?

Se come persone chiamate nel patto, non possono riuscirvi che per effetto di un vero fedecommesso, senza uccellar parole contro la sostanza delle cose.

Se come eredi dello stipulatore, la loro impresa non è meno ardua dell'altra. Essi non possono dire di esser eredi immediati del penultimo marchese di Ducenta D. Ferdinando Folgori, perchè erede ne fu il figlio D. Salvatore, a cui con qualità ereditaria succeder non possono che secondo i principj del nuovo editto successorio, trattandosi di successione legittima. Sarebbe una intrapresa inudita che si possa esser erede di colui, al quale un altro è succeduto, senza esser erede dell'ultimo defunto!

Non si confondan dunque le idee tra fedecommesso e successione legittima. La successione del fedecommesso è pattizia? Dunque fedecommesso annientato dalle leggi del 1807, e dal codice civile pubblicato nel 1809 — La successione legittima altronde è regolata colle leggi dell' aperta successione, in guisa che i fratelli Folgori non possono dirsi eredi del penultimo marchese di Ducenta, senza esserlo prima del di lui figliuolo che gli è succeduto, essendosi già formato un sol personaggio del padre e del figlio.

Chiudasi poi questa dimostrazione col riflettere che l'assunto de' Folgori in voler succedere esclusivamente al nipote, come chiamati in un patto riversivo non offeso dalle nuove leggi, è veramente singolare, anzi mostruoso. La riversione da tutti i consuetudinisti si è ne' patti di Capuana e Nido sostenuta solo per le doti: per gli altri beni pervenuti al figlio o dal paterno o dal materno lato, i prossimiori delle due linee non esercitano un diritto di ritorno, ma vengono per diritto di successione.

Che sia così, consultisi la stessa imperfetta formola del patto che ne ha trasmessa Afflitto; quella propriamente che, sebben riprovata dal foro, e non seguita dal S. C., si è voluta prescegliere da' nostri contraddittori come più pieghevole a' loro voti. Ecco i termini dell' invito de' zii paterni: *Et ubi contingerit virum praemori, superstite uxore, ac superstitibus liberis ex dicto matrimonio uno vel pluribus: postmodum filii ipsi morerentur, seu alter ipsorum moreretur in pupillari aetate, vel post quandocumque ab intestato sine legitimis liberis, et naturalibus, nullum jus eidem uxori, seu matri suae, et suis heredibus, et successoribus, ex materna linea ratione successionis debeatur, nec sit eis, vel alteri ipsorum quodlibet jus acquisitum super bonis paternis ipsorum filiorum, nec*

ei succedere debeant, nec ipsa uxor succedere debeat quoquomodo: nec de bonis ipsis paternis suorum filiorum detrahere possit Trebellianicam, Falcidiam et legitimam jure naturae debitam, et jus aliquod portionis cujuscumque, in quantum ipsi uxori, vel ejus matri, et aliis quibuscumque ex materna linea debeatur.

Dal tenor di questo articolo dell' uso deriva spontaneamente la verità che gli eredi o successori ne' beni paterni non siano individualmente o espressamente disegnati nel patto.

Dunque in vano si parla di patto riversivo de' beni paterni; con molto maggior torto, di rinunzia stipulata a favore di determinati congiunti paterni, e di diritti da costoro incommutabilmente acquistati in vigor del patto. Secondo la esposta formola (e con rara chiarezza a' termini di quella più esatta che leggesi nel corpo delle consuetudini) i prossimiori della linea paterna, ne' beni paterni sono *jure successionis* in generale invitati. Laonde la loro chiamata ereditaria non può che ripetersi dalla consuetudine *Si quis vel si qua*, abolita la quale, è per essi cessato ogni diritto alla successione esclusiva, perchè colle novelle leggi è incompatibile la consuetudinaria successione per linee.

III. *Confutazione delle obbiezioni.*

L' ingegno de' nostri egregi contraddittori escogitò molte obbiezioni, che a noi corre l'obbligo di confutare, perchè niuna macchia offenda lo splendore de' diritti de' zii materni, che la legge invita alla successione del loro nipote a motivo di prossimità.

1. *Non regge l' argomento, che i zii materni debbono intendersi tacitamente intervenuti, ed abbiano approvato col fatto la rinunzia della loro sorella.*

» Non solo (*si dice*) noi siamo obbligati da' » patti espressi, ma anche da' taciti. I Pignatelli allor- » chè la loro sorella D. Marianna passò nella famiglia » di Folgori, furon tutti testimonj e scienti del trat- » tato che ella faceva a nome della famiglia. Dunque » le due famiglie stipularono i patti del legame che » andavano a stringere; per cui tutt' i congiunti dell' » una e dell' altra non possono esimersi dall' osservanza » di questi patti » (1). L' argomento seduce, ma per buona sorte non regge.

(1) *Questa è la fedele esposizione degli argomenti che leggonsi nelle pag. 82 ed 83 dell' allega-*

Son principj ovvj che le rinunzie debbono esser espressamente fatte, e che non son da presumersi. Nel diritto romano veramente leggesi: *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis* (1). Ma questa dottrina degli equipollenti si è sempre applicata alle eredità già aperte e deferite al rinunziante, non mai a quelle di persone ancor viventi. Il diritto romano serbava con estremo rigore, al pari delle nostre nuove leggi, il divieto di rinunziare alla eredità di un uomo vivente, o di alienare i diritti eventuali che si potrebbero avere su tal successione (2). Or non potendosi presumere mai ciò che il diritto comune proibisce, non si può nè anche ammettere la dottrina delle tacite rinunzie alle future successioni, poichè nell' alienazione de' dritti che potrebbero avervisi, la volontà di perderli dev' esser chiara ed esplicita, non mai presunta. Particolari

---

zione del cavalier Nicolini scritta in difesa della duchessa di Caccuri.

(1) *L.* 95 *ff. de acquir. vel omitt. hered.*

(2) *Art.* 708 *legg. civ. L. ult. ff. de suis et legit. hered. LL.* 26 *e* 123 *ff. de verb. obligat. L.* 35 §. 1 *cod. de inoff. testam. L.* 3 *cod. de collat. L.* 4 *cod. de inutil. stipulat.*

circostanze, costumi bizzarri avean fatto tollerare ne' contratti di matrimonio i patti abdicativi di successioni non per anco aperte. Ma non essendo queste che eccezioni al divieto del diritto comune, uopo è che siano formalmente convenute, nè mai nel foro si udì proclamare l'assurda massima che queste detrazioni alle regole generali si potessero sostenere con consensi taciti. Al contrario, presso tutt' i dottori, le rinunzie furon sempre, come più oltre osservammo, definite di stretto dritto, nè obbligatorie *ultra expressa*.

Ma sia pure che questa tacita rinunzia contra tutt' i principj più fermi della giurisprudenza potesse concepirsi. Quali sono gli equipollenti del tacito consenso de' Pignatelli? Non altro che la loro scienza. Ma si trattava forse del proprio interesse perchè questa scienza avesse potuto esser di pregiudizio? Il consenso tacito obbliga quando l'interesse è della persona stessa che dovrebbe dare un consenso espresso. *Stipulatio* (dice il giureconsulto Ulpiano (1)) *non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt; nec absens quidem: quoniam exaudire invicem debent*. Ed è un fatto che, tranne il principe D. Luigi

(1) *L.* 1 *ff. de verb. obligat.*

Pignatelli, intervenuto nelle tavole nuziali di sua sorella a solo oggetto di dotarla come erede universale del comun padre, gli altri due suoi fratelli, e la vedova duchessa di Laurito che or sono in giudizio, non v' intervennero. Come dunque si pretende ch'essi fossero obbligati dal fatto della sorella, e che per la scienza di questo fatto si dovessero intender parti nella rinunzia che ella sottoscrisse? Se questo improprio modo di ragionare potesse tollerarsi, sorgerebbe anche in campo la pellegrina teorìa che gli assenti, sapendo che un terzo ha convenuto per se e per loro, fossero tenuti al suo fatto, sol perchè non abbiano disapprovato quello che fu operato senza di lor mandato: ed allora si cancellerebbero da' volumi del diritto tutte le massime escogitate per salvezza de' terzi, e contenute nell' aforismo: *Alteri per alterum iniqua conditio inferri non potest.*

Vi ha di più. Il consenso tacito nelle convenzioni, mentre dev' esser presunto dal lato della persona che dovrebbe dare un consenso espresso, dee derivare da un fatto, che non potrebbe sussistere senza una piena adesione al patto. Un esempio di questo tacito consenso lo porge il giureconsulto Paolo in questi termini: *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur*

inter nos convenisse ne peterem: *profuturamque ei conventionis exceptionem placuit* (1). Or mentre non può dubitarsi, che nel patto di Capuana e Nido il consenso dar si dovea, come si diede, dalla sola marchesa D. Marianna Pignatelli, non già da' prossimiori della sua linea, domandiamo: qual'è il fatto che da parte di costoro non può stare senza supporre che avessero essi pienamente aderito al trattato che conchiuse D. Marianna?

Ma (soggiungono i nostri contraddittori) sotto l'imperio delle nuove leggi morì intestato Nicola Pignatelli altro fratello della marchesa rinunziante. Costei fu esclusa dalla di lui successione, non per altro riflesso, se non perchè i patti di Capuana e Nido le impedivano di figurare nella famiglia ond' era uscita. Dunque gli altri di lei fratelli, che sono in giudizio, approvarono i patti di cui fanno ora inopportuna censura.

Di grazia, da qual fonte si è cavata la esclusione della marchesa dalla eredità del fratello? È questa una invenzione piena di spirito, ma di niuna solidità. D. Nicola Pignatelli non lasciò che la sua quota nella successione alle materne doti, ed un tenue credito contro al principe di lui germano. Questo retaggio, fra' fratelli del defunto non fu diviso escludendo la sorella D. Marian-

(1) *L.* 2 §. 1 *ff. de pact.*

na (1). Oltre che per le doti materne, che non sono ancor soddisfatte dal principe di Alessandria, si sta procedendo ad un giudizio di espropriazione forzosa nel Tribunal Civile di Cosenza. Questo giudizio si è cominciato dopo la morte di D. Nicola Pignatelli. E la marchesa D. Marianna, che i nostri contraddittori di testa loro dicono esclusa dalla di lui successione, si unì ai suoi fratelli per agire contro Alessandria, assumendo la qualità non solo di erede della madre, ma anche di erede dello stesso D. Nicola (2).

Si trae da ciò una pruova contraria al fatto che i nostri contraddittori hanno immaginato; per cui le

---

(1) *Due partite di banco per pagamenti fatti dal principe D. Luigi al fratello D. Michele Pignatelli nel* 1816, *e nel* 1817, *dimostrano che D. Marianna non fu esclusa dalla successione, come si è asserito. Questi documenti sono intimati a tutti gl' interessati.*

(2) *Noi credevamo che per onore della verità l' argomento de' nostri avversarj, come contrario al fatto, non si fosse riprodotto. Ma avendolo essi ravvivato alla pubblica udienza della G. C. Civile, i Pignatelli han richiamato subito dal Tribunal Civile di Cosenza i documenti che smentiscono l'asserto fatto, ad oggetto di sommetterli allo scrutinio della G. C.*

conseguenze sempre più rinforzano la verità che i fratelli della marchesa di Ducenta nessuna adesione espressa o tacita diedero al patto di non succedere al figlio, cui ella sottoscrisse nelle sue tavole nuziali; e che sotto l'azione delle nuove leggi le due famiglie han riconosciuto di esser già estinta la consuetudinaria successioin lineale una volta in uso.

Ma sia pur vero che D. Marianna siasi esclusa dal succedere al fratello D. Nicola. Che perciò? Questa esclusione sarebbe stata l'effetto de' patti di Capuana e Nido? No mica. In ciò i nostri avversarj presero, come suol dirsi, lucciole per lanterne. I patti di Capuana e Nido portavan là rinunzia della marchesa alla successione del figlio, non già a quelle de' congiunti della linea di lei. Per queste eravi d'uopo di una particolare e distinta rinunzia; e di fatti fu convenuta, e le fu anche associata la cautela di Maranta. Laonde se pur vera fosse la rimozione di D. Marianna dalla successione del fratello, sarebbe stato questo il semplicissimo effetto della rinunzia ch'ella ne fece in favor del principe altro suo germano, da cui fu dotata (1).

(1) *È specioso l'argomento de' nostri avversarj che, siccome D. Nicola Pignatelli nulla diede alla sorella per compenso della rinunzia alla di lui suc-*

2. *Nè anche regge l'argomento per la esclusione del principe di Monteroduni intervenuto nel contratto di nozze di sua sorella.*

» Ma il principe Luigi (così si grida (1)) non » è egli stesso che ha stipulato questo patto *ne petam* » ne' capitoli appunto di Marianna ? Non è stato egli » presente alla promessa della sorella di rinnnciare » per se e per i suoi ? Ed è credibile ch'egli la cre- » da oggi vana ? ch'egli creda vano il suo patto ? » — Rispondiamo per ordine, e la tempesta che sembra sovrastare al principe D. Luigi sarà un giuoco d'illusione.

Quando mai ha sognato costui di stipulare il patto *ne petam* in vantaggio de' prossimiori della linea Folgori ? Avremmo dimenticato sì presto da quali persone

---

sione, questo patto abdicativo era nullo : quasi le nullità non dovessero opporsi, ma ferissero come saette. Del resto questa supposta nullità non era possibile, perchè D. Marianna fu dotata da suo fratello il principe D. Luigi stipulatore della rinunzia di lei alle intestate successioni non ancora aperte, ascendentali, o trasversali che esse fossero.

(1) *Pag.* 84 *dell' allegazione del cavalier Nicolini per la duchessa di Caccuri.*

i patti di Capuana e Nido eran convenuti? Questi contenendo la reciproca rinunzia degli sposi alla intestata successione del figliuolo, eran patti personali di essi, che nè pur per ombra esigevano l' intervento, od il sussidio di altri. Nè la verità può esser tormentata al segno di leggere nelle tavole nuziali della marchesa la espressa rinunzia di suo fratello a' beni della linea del di lei marito. Ed in vero, qual bisogno di questa abdicazione, se gli sposi dichiarando di voler contrarre co' patti di Capuana e Nido, era per ciò solo stabilita la consuetudinaria succession lineale anche pe' beni fuori distretto, i quali per vigor del patto divenivan soggetti al dominio della consuetudine *Si quis vel si qua?* Il patto *ne petam*, che si oppone al principe D. Luigi; è dunque un sogno.

La presenza poi di costui nelle tavole nuziali della sorella non mena a conseguenza. Primieramente è di principio che il semplice intervento in un atto non fa acquistare alcun diritto alle stipulazioni che altri vi faccia, come non fa contrarre doveri. L' intervento dev' essere in qualità di parte, e concorrer si dee al fatto di un altro per potersi acquistare o promettere con successo (1). Per *concorso* anche s' intende l' intervento

---

(1) *V. l' art.* 295 *legg. civ.*, *e la L. ult. cod. ad SC. Macedon.*

simultaneo nell' atto, come parte, non come semplice testimonio. Non corre, nè concorre chi è solo spettatore dell'altrui corso, poichè non opera, ma attesta ciò che altri ha operato.

Il principe D. Luigi intervenne come parte ne' capitoli matrimoniali di sua sorella, ma per qual fine? Per dotarla, e per raccogliere la rinunzia che dietro la dotazione ella avrebbe fatta alle eredità che sarebbonsi aperte nella famiglia ond'era dotata. Fuori di questi due oggetti, il principe non è che un estraneo, un testimonio, uno spettatore de' legami che la sorella stringeva nel convenir le nozze con Ferdinando Folgori. Distinguansi i due contratti che sono in quelle tavole nuziali, e la disputa apparirà priva di fondamento. Si vedrà allora che il principe Luigi fu parte nell' atto pel suo solo interesse: non fu parte, non potea, nè promise mai di sostenere il fatto della sorella su di ciò che esigeva il solo appoggio della di lei volontà.

Finalmente, ove mai si è inteso che il silenzio di una persona che non è parte nell'atto, o che non lo è per la convenzione che si forma fra due, equivalga ad una confessione della pertinenza del diritto di cui essi trattarono? *Qui tacet non utique fatetur*, dice la legge (1);

(1) *L. 142 ff. de regul. jur.*

e Socino (1) aggiunge che il silenzio, piuttosto che affermare, è segno di contraddizione. È vero che il giureconsulto, dopo aver insegnato che non confessa chi tace, aggiunse: *sed tamen verum est cum non negare*; ma ciò significa che il silenzio non induce nè formal negativa, nè espressa affermazione: dunque il silenzio non deteriora giammai il diritto del convenuto, nè lo inabilita a contraddire quando che voglia, ma prima del giudicato.

3. *Si è errato nel dire che la principessa di Monteroduni D. Lucrezia Mormile abbia anche rinunziato a' beni della linea Folgori, per cui i figli ed eredi di lei dovessero stare, e garantire il suo fatto.*

I nostri contraddittori anche hanno assunto che la principessa di Monteroduni nelle tavole nuziali della figlia stipulò il patto *ne petam* (2). Ma per ismentire quest' asserzione stanno precisamente le stesse risposte date per salvezza del principe D. Luigi. Anzi vi è

(1) *Reg.* 395.

(2) *Pag.* 88 *dell' allegazione del cav. Nicolini per la duchessa di Caccuri.*

di più. La principessa intervenne nell' atto, solo per aderire alle nozze della figlia, non per promettere o stipulare. La garantìa che si mena in trionfo è una nuda illusione, poichè per quanta diligenza si fosse da noi adoperata nel disegno d' indagare se in qualche articolo la principessa si fosse avvisata di promettere o di aderire, non ci è riuscito di trovarne alcuno. Attenderemo dunque che i nostri avversarj ci correggano non con parole, ma col ricordo di quella tal clausola dell' atto ove s' inchiudesse la voluta garantìa della principessa. Per ora sta ferma la verità che i fratelli Pignatelli, tutto che eredi della loro madre, non possono andar rimossi dalla succession del nipote.

Ma sia pure che costei avesse veramente promessa l' osservanza del patto di Capuana e Nido, cancellato già dalle nuove leggi. Qual danno ne deriverebbe ai suoi figli eredi? Costoro, per succedere al nipote non son astretti ad assumere, nè hanno assunto la qualità ereditaria della loro madre. Essi si presentano sperimentando un dritto che la legge attribuisce alla prossimità della parentela. Sotto questo rapporto vero della causa, invano si parla di ostacolo a succedere, dipendente da' doveri assunti dalla principessa di Monteroduni, della quale sono eredi i suoi figli.

4. *È vana intrapresa che debba succedersi al padre del defunto.*

Era di principio sotto l'azione della vecchia giurisprudenza che la rinunziante della paterna eredità, potea raccoglierne i beni tosto che fossero pervenuti al fratello: *Renuncians hereditati paternae non prohibetur illi succedere postquam ad fratrem pervenit* (1): *illa bona*, disse il Napodano, *postquam devenerunt ad fratrem sunt fraterna, et mutatione personae bona mutantur* (2).

Non regge adunque la obbiezione che i beni dell'ultimo marchese defunto, essendogli stati dal padre trasmessi, al padre e non a lui si debba succedere. Molto più è questo errore insoffribile ora che la successione consuetudinaria lineale con distinzion di beni non può aver luogo, perchè incompatibile col novello successorio editto. Del resto, anche sotto il dominio delle consuetudini, si sarebbe sempre succeduto all'ultimo

---

(1) *Angel.*, *Jas.*, *Covarruv.*, *Menoch.*, *Castillo*, *Rota decis.* 50 *apud Gallerat. n.* 5 *e* 6, *Rovit. consil.* 100 *n.* 5.

(2) *Napod. ad consuetud. Si qua mulier voce succedunt n.* 5, *Anna allegat.* 117 *num.* 4.

moriente, divenuto proprietario de' beni, di cui la prossimità si misura. L'origine de' beni faceva sì che avesse sol luogo la successione lineale; ma sempre succedevasi all' ultimo defunto; ed i genitori non rinunzianti perciò succedevano a' figli secondo il diritto comune ne' beni di qualunque provvenienza (1).

Ma per vincere i nostri contraddittori coll' uso delle armi loro, sentano dallo stesso Scoppa, che presero per campione di tutta la difesa intessuta per sostegno de' patti di Capuana e Nido, qual conto debba aversi della obbiezione che immaginarono. L' autorità di Scoppa è in rapporto alle doti, vale a dire in un caso più forte, perchè in esse trattasi di vera riversione. *Dotium constitutio*, egli dice, *nihil commune habet cum filiorum successione: nam maternae dotes, postquam ad filios perventae sunt, non amplius dotes, sed proprium ipsorum patrimonium dicuntur, sicuti Sacrum Consilium in eadem huius loci causa censuit, ex quo sic inquit noster auctor* (2) *hic n. 20 et 21, quem ad hoc peculiariter sequuntur consiliarius de Rosa consult.*

(1) *Ne' soli patti riversivi delle doti si è detto di succedersi dagli eredi del dotante, e non della dotata.*

(2) *Cioè Merlino.*

6. n. 63, Carolus de Rosa in glossograph. ad consuetud. neapol. tit. 1 de success. ab intest. n. 533, et ego ipse ad decis. Gratiani observ. 235 n. 20 cum seqq., ubi . . . . . sic scripsi, enodato ad id Senatusconsulto quod extat apud Praesidem de Franchis decis. 92, quo per Sacrum Consilium pronunciatum est, matrimonio juxta hunc novum usum contracto, mortua primum matre, et post decedente filia, matris hereditate adita, succedi matri et non filiae: cuius contrarium post alios probant Regens de Ponte consil. 61, Regens Capycius Latro consult. 20 tom. 1, Theodorus allegat. 1 n. 9, de Giorgio allegat. 23 n. 24, et acriter impugnat Carlevalius in apolog. post tom. 2 de judic. ex n. 26 (1).

Vedasi anche da ciò che la decisione 92 di de Franchis relativamente alle sole doti suscettibili di patto riversivo, fu posteriormente riprovata, come illegale ed opposta non solo alla lettera della consuetudine *Si quis vel si qua*, ma ad ogni dritto conosciuto, non che da tanti valentuomini, e consiglieri, e reggenti del collaterale in tempi posteriori, ma dall' istesso Sacro Consiglio con più recenti decisioni.

(1) *Scoppa in schol. controv. 49 Merlin. n. 13.*

5. ***Confutazione della obbiezione cavata dall' antica regola* infecta primitiva, inficitur quoque derivativa.**

I nostri contraddittori, ricorrendo sempre al loro favorito Scoppa, pieni di fiducia oppongono a' Pignatelli questa di lui sentenza: *Excluso renunciante, removeri ascendentes et descendentes ac caeteros de linea ipsius renunciantis, quia infecta primitiva, inficitur quoque derivativa* (1). In tal modo si è creduto che colle parole *escluso il rinunciante*, lo Scoppa abbia inteso parlare del rinunciante morto, mentre egli parlò del rinunciante vivo *escluso* dalla successione; giacchè i morti non succedono. Ma si potea leggere più giù nel numero 18, ove Scoppa rapporta essersi così determinato nella celebre causa della successione di Muzio Pignatelli, nella quale, da' zii paterni del defunto, esclusi furono i di lui fratelli uterini. In questa causa la madre del defunto Diana Caracciolo, moglie in seconde nozze del marchese di Monteforte, non potendo ella pretendere alla successione del figlio perchè le ostava la rinuncia dell' uso di Capuana e Nido,

(1) *Scoppa schol. ad cent.* 2 *Merlin. controv.* 49 *n.* 16.

fece dimandar la successione a' figli del secondo letto, fratelli uterini del defunto.

Si è citato in oltre il consiglier d'Anna nel consiglio 92; ma questi è appunto colui che difese i zii paterni del defunto Muzio Pignatelli, compilandovi sì quello che altri consigli, avendo per contraddittore Gio: Andrea di Giorgio, che vi scrisse l'allegazione 23. Le di lui dottrine contengono che, vivente la rinunciante, non potevano pel successorio editto subentrarvi i figli; e che diverso era il caso della rinunciante viva cui era l'eredità deferita, dalla rinunciante premorta, giacchè nella prima posizione soltanto la rinunzia ostava.

E perchè anche di questo autore si è citato un pezzo per guastarne il senso, ricordiamo agli avversarj, che il fondamento della pretensione degli uterini era che lor non nuoceva la rinuncia della madre, perchè non traslativa, ma estintiva: è noto in fatti che, per comun sentimento de' dottori, la rinunzia secondo l'uso di Capuana e Nido non era translativa di diritti, ma estintiva, e i coniugi *tollebant se de medio*. A ciò rispondeva il de Anna non aver luogo il successorio editto, perchè *excluso renunciante excluduntur omnes de illius linea*, appunto per esser loro di ostacolo la rinunzia ad una successione deferita in vita della rinunziante.

Finalmente si cita Scipione Teodoro nell' allega-

zione 1..., la cui dottrina è espressamente nel nostro senso. Questo autore dice doversi distinguere quando la esclusione della donna proviene da un difetto personale, e quando proviene *a lege*, *statuto*, *vel consuetudine*; e che in questo secondo caso soltanto, *removentur descendentes illius*, *quae ea ratione exclusa est*. Sia l' esempio: Se la duchessa di Caccuri fosse premorta a' figli, e costoro pretendessero alla successione consuetudinaria (posto che valessero ancora le consuetudini), allora se le opporrebbe: » Voi discendete da una donna, *quae lege*, *statuto*, *vel consuetudine exclusa est*. Ecco il caso della radice infetta: *Infecta primitiva*, *inficitur derivativa*.

Ma all' opposto ove la donna non è impedita a succedere da legge, da statuto, da consuetudine, ma è capacissima di succedere; ben vero ha rinunziato l' eredità, costei, lungi di essere stata infetta, è abilissima, e tanto abile, che si è ottenuta una rinunzia: non rinunzia chi per legge non è abile a succedere. Allora ha luogo la massima generale, che se la successione rinunziata si apre in vita del rinunziante, non si dà luogo al successorio editto a pro de' suoi discendenti, o congionti, principio ritenuto nelle nuove leggi ancora coll' articolo 704. Ma se la successione si apre dopo la di lei morte, i discendenti non trovano

ostacolo nella rinuncia. A che essersi canonizzata la cautela di Maranta, come unico rimedio ad allontanare i discendenti della rinunziante dalla successione, se fosse vero che la madre rinunziante infetta i suoi discendenti del veleno della sua rinunzia! Basta forse escogitare un vocabolo per distruggere tutti i fondamenti del diritto, e sopra tutto che *le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti, nè pregiudicano a' terzi?*

Basterà forse dir con parole che ciò s' intende quando si rinunzia ad una persona, e non ad una serie di persone? Ma, di grazia, qual legge fa tal distinzione? Quasi chi rinunzia ad uno non obblighi altri che se, mentre il patto di chi rinunzia a più, sia da leggi ideali sublimato a produrre un effetto contrario alla natura di ogni patto, cioè sia obbligatorio, oltre a' contraenti, anche de' terzi!

Finalmente per non mancar di affastellare cose eterogenee, si è anche rapportata un' antica decisione di Capece, colla quale un' ava fu esclusa dalla successione del nipote *ex filia*, perchè l' ava medesima aveva il patto di Capuana e Nido. Decisione che, sebbene combattuta dagli scrittori posteriori, nulladimeno non poggia in altro se non sul motivo che la rinunzia da lei fatta a' beni de' figli si estendeva anche a quelli

che da' figli eran passati a' nipoti; onde rinunziata la successione primitiva, vi s'intendeva la derivativa compresa.

6. *È del tutto frivola la obbiezione che i Pignatelli son tenuti alla rinunzia della marchesa per la intermezza persona del figlio, il quale fu suo erede.*

Si è voluto dire che i Pignatelli, succedendo all' ultimo defunto marchese di Ducenta, il quale succedè alla madre rinunziante, sono anche eredi di costei e tenuti al suo fatto, perchè tanto è a lei erede il primo erede, che l' erede dell' erede.

Ma è questa una petizione di principio per escluder l' erede dalla stessa eredità di colui, del quale si vuole che sia erede. I fratelli Pignatelli non altrimenti potrebbero esser rimossi dalla eredità dell' ultimo estinto marchese di Ducenta, se non quando divenuti fossero eredi della rinunziante prima di esserlo in rapporto a colui al quale voglion succedere: allora potrebbe lor dirsi di nuocere la eccezione della qualità ereditaria, di cui sien rivestiti, non che il dovere di stare al fatto del defunto che rappresentano. Se però la qualità ereditaria della rinunziante non l' acquistano che mediante la successione a cui aspirano, come può op-

porsi che pria di acquistarla ne sieno lesi? Ed all' incontro, dopo la eredità acquistata, la lite è spenta. Prima non sono dell' eredità in possesso; e se colla vittoria nel giudizio l' acquistano, è inutile la eccezione dopo del giudicato.

Di fatti la legge romana è accorsa contro sì frivola difficoltà, dicendo che l' erede non è punto tenuto a quelle obbligazioni, alle quali l' erede immediato che vuol rappresentarsi non era astretto. Se l' ultimo estinto marchese non era legato dalla rinunzia della madre rapporto alla sua propria successione, il che era impossibile ed assurdo, non ha potuto sì fatta obbligazione a' di lui eredi trasmettere, nè per lo suo organo e filtro potea passare a' medesimi: ***Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat;*** è una regola fermissima di diritto (1). Onde la risoluzione del proposto dubbio da' romani giureconsulti si trae: ***Cum successerit quis in locum eorum, aequum non est nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cujus locum successimus***, così Ulpiano (2). Ed il Gotofredo notò (3): ***Successori non nocet quod ejus auctori nocere non potest.***

---

(1) *L.* 59 *ff. de regul. jur.*

(2) *L.* 3 §. 2 *ff. de itin. actuque priv.*

(3) *Su la L.* 156 §. 2 *ff. de regul. jur. not.* 37.

Ed in vero se la marchesa promise di non succedere al figlio ne' beni della linea paterna, lo stipulatore di tale rinunzia fu il marchese, al quale egualmente successe il figlio. Egli dunque avrebbe avuto diritto di esiger dalla madre di non succedere: ma ciò non poteva intendersi che di un' altra successione, alla quale poteva la madre concorrer con lui, non mai della propria succession del figlio. Tosto che dunque egli divenne unico erede non men della madre promettitrice, che del padre stipulatore, il diritto e la obbligazione riunironsi nella sua sola persona.' *Actio et passio in eodem subjecto* sono incompatibili al dire degli scolastici; ed in conseguenza l' obbligazione ed il diritto ad esigerla essendosi in lui concentrati, il dovere nascente dalla rinunzia naturalmente si confuse ed estinse: *quando la qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona* (dice l'articolo 1254 delle nuove leggi) *succede una confusione di diritto che estingue i due crediti:* la qual massima è uniforme a' principj del jus romano (1).

Abbiam ciò voluto notare per togliere agli avversarj qualunque sotterfugio. Essi non potranno certa-

(1) *L.* 34 §. 8, *L.* 75, *e L.* 91 §. 2 *ff. de solut. et liberat.*

mente opporsi alla ragione ed alla legge, non che alle massime uniformemente fra gl' interpetri ed i dottori assentite, per sostenere che la rinunzia della persona più prossima, se costei premuoia pria di aprirsi la successione rifiutata, nuocer possa a coloro che da lei non discendono, ma son collaterali; che non son di lei eredi; che non si presentano nè pure rappresentandola: oltre che la rinunziante non trovasi nè anche di aver vietato agli eredi suoi di succedere, nel caso la successione per la di lei premorienza, in di lor beneficio si aprisse.

§. III.

I patti di Capuana e Nido, come famulativi, o accessorj della consuetudine Si quis vel si qua, *son caduti con questa:*

I. *Argomento dal testo de' decreti abrogativi delle antiche leggi.*

Le consuetudini napolitane, del pari che tutti gli elementi del nostro antico diritto del regno, furono col decreto de' 22 ottobre 1808 formalmente abrogate, onde

render assoluto in tal modo l' imperio della novella legislazione.

Non solo le generali consuetudini, ma anche quelle particolari e locali furono per giusta economia del Legislatore, a torre tutte le dispute intorno alla loro abolizione, nel decreto abrogativo espressamente ravvolte.

Parimenti pria di pubblicarsi le cinque parti del codice attuale, monumento di saviezza dell'Augusto nostro Legislatore vivente, colle leggi de' 26 marzo e 21 maggio 1819, si rinnovò l' abrogazione proclamata nel 1808, e si estese anche alle leggi ed a' decreti ch'eransi in questa parte del regno osservati in tutto il periodo di militare servaggio.

I due primi articoli di quest' ultima legge son così concepiti:

» Art. 1. Le leggi romane, le costituzioni, i capi-
» toli, le prammatiche, i reali dispacci, *le consuetudini*
» *generali e locali*, *e generalmente tutte le altre dispo-*
» *sizioni legislative* non più osservate ne' nostri dominj al
» di qua del Faro dal dì 1 di gennajo dell'anno 1809 nelle
» materie che formano oggetto delle disposizioni contenute
» ne' codici provvisoriamente in vigore, continueranno dal
» giorno 1 di settembre dell'anno 1819 a non aver forza
» di legge nelle materie che formano oggetto delle dispo-
» sizioni contenute nel codice per lo Regno delle due
» Sicilie.

» Art. 2. Le leggi ed i decreti pubblicati durante il
» periodo della occupazione militare, e le leggi ed i de-
» creti pubblicati da noi dopo il nostro ritorno in questa
» parte de' nostri dominj, cesseranno dal giorno 1 di set-
» tembre dell' anno 1819 di aver forza di legge nelle ma-
» terie che formano oggetto delle disposizioni contenute
» nel Codice per lo Regno delle due Sicilie.

Conseguenza naturale di queste transitorie dispo-sizioni è l' annientamento della consuetudine *Si quis vel si qua*, e di ogni altro uso che le fosse famulativo, come quello di Capuana e Nido. La consuetudine, so-vraimponendo al diritto comune, stabiliva una successione per linee con distinzione di beni: l'uso di Capuana e Nido serviva allo stesso oggetto, perchè toglieva l' inconvenien-te prodotto dal vôto della consuetudine medesima in rap-porto a' genitori: *Cum ex prudentum interpretatione* (1) *esset receptum aequissimam istius consuetudinis dispo-sitionem non procedere patre vel matre in medio existente . . . . Visum fuit nobilibus illustrium platea-rum Capuanae et Nidi, eadem aequitate sic suadente ut locus esset dispositioni ejusdem consuetudinis, pa-tre quoque vel matre in medio existente . . . . Nec*

(1) *Dice lo Scoppa, autor di scolii a Merlino*, ed *in sommo credito presso i dotti nostri avversarj.*

citra potestatem hunc morem renunciandi filiorum successioni introduxere, juxta Joannis Bologneti sententiam qui specifice de sedilibus loquitur. Etenim non dubitatur posse nedum civitatem, sed etiam quarterium statuta condere et consuetudinem introducere . . . . Maxime cum id ipsum ab invictissimo rege Ferdinando Catholico reperiatur sub die 5 octobris anni 1505 *in civitate Segoviae ad eorumdem nobilium petitionem confirmatum* (1). Laonde, abolita la consuetudine è abolito anche l' uso che vi era remissivo, perchè è regola ovvia di civile giurisprudenza, insegnata pure dal diritto canonico che, *cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent* (2): *accessorium naturam sequi congruit principalis* (3).

Un ragionamento diverso offenderebbe le leggi abrogative. Esse vollero che davanti al nuovo diritto si dileguassero tutte le parti dell' antica legislazione, anche le consuetudini, sian esse generali o locali, e generalmente tutte le disposizioni legislative quali esse fossero. Or l'uso di Capuana e Nido fu da principio

(1) *Schol. ad centur.* 2 *Merlin. controv.* 49 *n.* 1 *a* 10.

(2) *L.* 129 §. 1 *ff. de regul. jur.*

(3) *Cap.* 42 *de regul. jur. in sexto.*

uno statuto di que' due quartieri della primaria nobiltà del regno: indi acquistò la forza ed il vigor di legge al pari delle consuetudini, perchè come queste ottenne l' approvazione Sovrana. La sola differenza che intercede tra uno statuto locale dalla Regia possanza autorizzato, ed una consuetudine generale, od una legge che direttamente parta dal trono, sta in ciò riposta: la legge obbliga tutto che i cittadini non convengano di osservarla; mentre lo statuto volontario e munito del Real beneplacito non astringe ad ubbidienza che allora solo in cui con una esplicita convenzione si adotti. Ecco perchè taluno disse che l' uso di Capuana e Nido sia piuttosto patto che consuetudine, cioè è un uso che partecipa piuttosto del patto che di una consuetudine senza del patto. Ma sempre questo patto, tanto se si volga il pensiero alla sua origine, che se tengasi calcolo de' suoi effetti, non era che famulativo ed accessorio alla consuetudine *Si quis vel si qua*, ed in conseguenza colpito dall' abrogazione espressa di tutte le consuetudini generali e locali.

Ma per sublimar questa verità fino al grado della evidenza, basti consultar due articoli delle leggi civili sotto al titolo del contratto di matrimonio, per vedere che la controversa abrogazione è ripetuta, e che niun patto si tollera che turbasse il novello ordine di succedere.

Il Legislatore, dopo aver dato agli sposi ampia libertà di convenire la società coniugale con qualsiasi patto non ingiurioso a' costumi, altri divieti aggiunse tra' quali sono i seguenti = » Articolo 1343. Gli sposi » non possono fare alcuna convenzione o rinunzia, » il di cui oggetto fosse diretto ad immutare l'ordine » legale delle successioni, sia per rapporto ad essi medesimi nella successione de' loro figli o discendenti, » sia per rapporto a' figli fra loro; salve però le do- » nazioni fra vivi o per testamento, le quali potranno » aver luogo, secondo le forme e ne' casi determinati » nelle presenti leggi civili = Articolo 1344. Non è » più permesso agli sposi di stipulare in un modo ge- » nerico che la lor società sia regolata da una delle » consuetudini, leggi o statuti locali, che per lo ad- » dietro erano in vigore nelle diverse parti del terri- » torio del regno delle due Sicilie, *e che sono abro- » gate* ».

Dopo questi stabilimenti non è una vera stranezza il sostenere che ancor durassero i patti di Capuana e Nido! Se il Legislatore proscrive nelle tavole nuziali ogni trattato che tenda a turbare l'ordine legale delle successioni, sarebbe con questo assoluto divieto conciliabile un antico patto diretto precisamente a sconvolgere il novello sistema del successorio editto? Se gli

sposi sono stati interdetti di ridurre genericamente in patto qualunque antica consuetudine, legge, o statuto locale per lo addietro in vigore, ed ora abrogato, si sosterrebbe il simil patto convenuto ne' capitoli matrimoniali degli sposi Folgori e Pignatelli? patto che ha il doppio demerito di convenire in modo generico l'uso di Capuana e Nido, e di richiamar l'osservanza di una successione lineale, la quale sconvolgerebbe il sistema di succedere sanzionato dalle novelle leggi?

II. *Argomento dalla cessazione della causa e dell'oggetto dell' uso.*

L'uso di Capuana e Nido, secondo gl' insegnamenti dello stesso Napodano (1), contiene una rinunzia condizionale o dispositiva, con cui il rinunziante si toglie bensì di mezzo, ma perchè la successione si regoli secondo il diritto consuetudinario a pro de' prossimiori della linea: *Haec consuetudo*, dice, dopo il presidente Antonio d'Alessandro, il consiglier d'Anna (2) *nedum habet caput exclusivum matris, sed habet caput inclusivum, quia vocat proximiores ex parte pa-*

(1) *Su la consuetud. Si quis vel si qua n.* 222.
(2) *Anna consil.* 118 *n.* 20.

tris, *ut tradit Ant. de Alexandro in consuetud.* Si quis vel si qua *in glos. n.* 185, *quae additio incipit et nota quod haec glossa.* Tale era dunque l'oggetto di chi l'uso adottava, e tale la ragione.

Or se questi appoggi dell' uso sono scomparsi, la rinunzia rimane priva di legittima causa: il patto senza causa, o la cui causa è svanita pria del preveduto avvenimento, non ha più vigore: *sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore* (1). *Nihil refert utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa propter quam datum sit, secuta non sit* (2).

Cessata la causa, cessa l'effetto. È questo un principio che ha massimamente luogo nelle rinunzie, le quali sono di stretta ragione. *Renunciationis causa cessante, cessat renunciatio*, disse dommaticamente il Tiraquello in un suo particolar trattato sul soggetto, quando, cessando la causa, cessasse l'effetto (3). E così tra gli altri nostri consuetudinisti, che ben volentieri omettiamo, il dotto e profondo Panzuti: *Si-*

---

(1) *L.* 1 §. 2 *ff. de condict. sine causa.*

(2) *L.* 4 *ff. eod.*

(3) *Tiraqu. tr. cessante causa voc. renunciationis.*

cuti cessante causa cessat effectus, *L. generaliter cod. de episc. et clericis*, *cap. cum cessante extra de appellat.*, *ita etiam cessante causa*, *et renunciationis origine*, *cessat ipsius effectus et sic foeminarum renunciantium exclusio* (1).

In oltre ne' contratti si riguarda la comune intenzione de' patteggiatori (2); e quando è rimessiva alla volontà di un terzo, si attende la idea e la mente di questo.

Per effetto de' quali principj, se ora la marchesa di Ducenta esistesse, onde non esser rimossa dalla successione del figlio, all'annunzio de' patti di Capuana e Nido, a ragione replicherebbe: » Io ho rinunziato se» condo l' uso del mio sedile alla successione che si » sarebbe aperta sotto l' impero della consuetudine: » io ho rinunziato a pro della successione lineale: io » non ho mai rinunziato alla nuova successione, che » ammette maschi e femmine, agnati e cognati: non ho » mai rinunziato a pro de' figli della duchessa di Cac» curi, donna al pari di me, e che fuori della sua

(1) *Panzut. controv.* 20 *n.* 108 *e* 109.

(2) *L.* 119 *ff. de verb. signif. L.* 21 *ff. de reb. dub. L.* 83 §. 1 *ff. de verb. oblig. Artic.* 1119 *leggi civili.*

» linea trasporta i beni ». E se al marchese Ferdinando Folgori gli stessi patti in pari congiuntura si opponessero, ei pur griderebbe: » Io non ho rinunziato » alla successione di mio figlio ne' beni materni, che » in pro de' maschi Pignatelli e non delle femmine: ho » rinunziato perchè abbia luogo la consuetudine: subito che questa cessa per gli altri, uopo è che cessi anche per me ».

Nè il successo de' reclami de' rinunzianti potreb-b' esser dubbioso, poichè oltre la ragion legale che gli affiancherebbe, stan pure le dottrine de' nostri dottori più in credito, sostenitori della massima che i patti negativi di futura successione non giungon mai oltre i casi espressamente pensati.

In hac renunciationis materia, così il nostro de Marinis ne ha tramandata la dottrina ricevuta, *illud animadvertimus quod inter doctores de his agentes sine controversia procedit, nimirum data renunciatione quantumvis reali, et cum omnibus clausulis quae excogitari possint, clausulam illam realitatem importantem nullatenus prodesse nisi illis personis quibus est renunciatum, sive quarum contemplatione praesumi potest factam fuisse renunciationem . . . . . quia licet verba renunciationum sint generalia, tamen ex mente renunciantis declarantur et limitantur, ut quando*

casus praeter opinionem , et mentem contrahentium eveniunt , renunciatio non obstet (1).

Ed in altro luogo lo stesso scrittor forense , ne ammaestra che i patti rinunziativi , come si vogliono ricchi di clausole escogitate per escluder sempre i rinunzianti , non si calcolavan mai quando un nuovo diritto a' rinunzianti sopraggiungeva : *quibus sic stantibus* , ei dice , *nulla est facienda vis , nullaque potest haberi ratio de aliis clausulis , quae in renunciationis instrumento leguntur , nimirum quod renunciatio sit , et esse debeat realis , quod effectum habeat in omnem casum uti realis , et omni alio meliori modo , et ad bona renunciata nunquam habere regressum ex quavis causa , etiam non cogitata , et noviter superveniente , etiam rebus mutatis , cujusvis morte aliter se habentibus* (2).

La qual dottrina del de Marinis , come quella che in brevissimo dire avvolge tutto quanto da' più gravi dottori fu su tal quistione insegnato , meritò gli elogj particolari del cardinal de Luca , in questi termini : *Constat ex diligenter , satisque elaborate deductis per de Marinis resolutione* 189 , *ubi felici quidem stylo*

(1) *De Marinis lib.* 2 *resol.* 191 *n.* 3 *et seq.*
(2) *Id. lib.* 1 *resolut.* 189 *n.* 15.

compendiose deduxit omnia, quae per primarios Italiae viros deducta fuerunt . . . . . adeo ut dici possit, quod ibi materia magistraliter tractata sit, utpote continens succum omnium eorum, quae per magis insignes viros non solum illius civitatis, et regni, sed etiam curiae romanae, aliarumque Italiae civitatum elaborata fuerunt (1). Ed in vero, se venisse vaghezza di qui addurre le dottrine di coloro che il de Marinis restringe nella sua pregevolissima opinione, faremmo un lavoro più che lungo, noioso oltremodo: basti sol dire che la massima per esso insegnata non fu contraddetta giammai (2).

Or come la marchesa rinunziante potrebb' essere esclusa, se mai fosse al figlio sopravvivuta (3)? Quando ella ne abdicò la successione, era permanente ed in pieno vigore lo statuto della successione per linee. Ella

(1) *De Luca de renunciat. disc.* 3 *n.* 8.

(2) *V. Montan. consil.* 9 *n.* 6 — *Valer. de transact. tit.* 5 *quaest.* 2 *n.* 1 — *Bottiglier. de success. teor.* 49 — *Mascard. conclus.* 1270 *n.* 1 *e* 2.

(3) *E di fatti le madri rinunzianti sono state ammesse a succedere a' figliuoli, non ostante il patto di Capuana e Nido, come vedremo nella serie degli esempj ritratti dalla giurisprudenza napolitana.*

dunque rinunziò pensando non all' abolizione di questa lineale successione, ma al continuato suo corso; e solo per non fermarne l' effetto per la esistenza de' genitori, questi ne corroboravan la forza colla loro rinunzia. Dunque abrogato lo statuto che tenea in fiore la succession lineale, e cancellata ogni differenza nelle linee, è cessata pe' rinunzianti la causa unica ed assoluta del patto; per cui strano ed improprio sarebbe se questo tuttora regger potesse. Se ciò per la marchesa che promise di non succedere, quanto non è più ferma la ragione de' suoi fratelli, i quali vengon ora a sperimentare un diritto che al tempo della rinunzia perdevano, appena che gli sposi anche pe' beni fuori distretto adattavan l' uso?

III. *Argomento dalla inesistenza delle persone colla qualità contemplata per darsi luogo all' uso.*

La rinunzia legata all' uso di Capuana e Nido non è stata mai translativa ed efficace a succedere *in commodum renunciatarii*, ma reale ed estintiva *tollendo se de medio*, per dar luogo a cui per diritto consuetudinario la successione sarebbe spettata, *addita parentum exclusione*. Quindi nella rinunzia che gli avversarj hanno opposta, D. Marianna Pignatelli secondo

l' uso de' tempi non rinunziò personalmente in favor di alcuno, ma agl' individui rivestiti della ereditaria qualità secondo la consuetudine, cioè a quelli che nella linea paterna del figlio sarebbero, tolta ella di mezzo, divenuti di lui successori. All' uopo disse il de Rosa, traducendo la dottrina uniforme di tutt' i consuetudinisti, esser abdicativa la rinunzia *ad parentes invicem excludendos, non translativa, nec alicujus certae personae contemplatione, sed relinquens successionem illis, quos consuetudo* Si quis vel si qua *vocat, ut bene observant Theodorus, Anna, Franchis, et Provensalis* (1). E lo stesso Rapolla, da uno de' nostri egregi contraddittori citato, nel suo diritto del regno anche avverte: *Illud postremo adnotandum pactum praedictum non tam respicere personas, quam familiam, unde bona venerunt, ut scilicet in ea conserventur.*

Che se pur le persone si trovassero individuate, ma colla qualità aggiunta, non le persone nominate, ma quelle colla qualità aggiunta uopo è che si attendano. Così se si conviene di darsi mille a Tizio qual tutore, amministratore, o procurator di Mevio, non può egli riscuotere la obbligazione se si presenti sfor-

(1) *De Rosa consultat.* 6 *n.* 67 *et sequ.*

nito del carattere, o della qualità con cui contrasse. E se si promette a Gajo qualora sia erede puro e semplice di Sejo, non potrà Gajo far valere il suo diritto, ove abbia adita con benefizio d'inventario la eredità di Sejo.

Sotto il qual rapporto i dottori, ragionando sull'indole de' patti di Capuana e Nido, insegnarono che essi conteneano il duplice patto di non succedere i genitori, e di dover succedere i prossimiori della linea consuetudinaria.

La ragione di tutto ciò è poi nella natura intrinseca della cosa, e ne' principj della legge. Non può alcuno esiger l'osservanza di una convenzione, se non sia o il contraente, o il suo erede, o venga *ex propria persona*. In quest' ultimo modo non può però presentarsi che colui, il quale sia rivestito della qualità propria ad imprimergli il diritto di esigere l'osservanza del patto; altrimenti potrebbe dirsigli: *tu non sei erede consuetudinario, che solo fu destinato a poter vincere ed escludere l'erede di te più prossimo, cioè la madre del defunto.*

Nè il pretendente può qualificarsi erede del patteggiatore, perchè non lo è: del contraente fu erede il figlio, e di costui l'erede naturale sarebbe stata la madre. Finalmente non può egli escludere la prima

erede, addossandosi una qualità pria di averla: se questa ei non la consegue che succedendo al figlio del rinunziante, è chiaro che non possa investirsene avanti di succedergli.

Quindi è che cessa ogni patto ed ogni rinunzia, allorchè mancano le qualificate persone in cui pro si è rinunziato (1). E le qualificate persone per le sopraggiunte leggi innovative non più esistono, poichè la succession lineale, dall' abrogato diritto consuetudinario determinata, non è mica compatibile col nuovo successorio editto, che ogni differenza nelle linee espressamente proscrive.

Non possiamo dissimulare che i nostri dottori non trattarono precisamente il caso che solo nel volger de' secoli può avvenire, cioè quello di un essenzial cambiamento nell' ordine successorio legislativo. Ma i principj ch' essi additaron per guida de' casi ordinarj, molto più applicar debbonsi agli straordinarj, val dire che le rinunzie quanto si vogliono reali ed estintive, non

---

(1) *Napod. su la consuetud. Si moriatur n.* 32 — *Panzut. controv.* 20 *n.* 98, 110, 111 *e* 117 — *Anna consil.* 92 *n.* 14 *e* 72 — *Amat. consil.* 26 *n.* 11 *e* 26 — *Teodor. allegat.* 1 *n.* 62 *e* 72 — *Ved. Sorge enucleat. forens. tom.* 7 *cap.* 36 *n.* 13 *pag.* 238.

reggono se non durando lo stato attuale delle cose, *rebus sic stantibus vel ita evenientibus:* i patti abdicativi cessano quando il sistema comune che indusse a rinunziare secondo il costume ed il genio ricevuto essenzialmente si cangia.

IV. *Esempj analoghi, ritratti dalla giurisprudenza francese.*

La Francia, pria della pubblicazione del novello codice civile, era assai più di noi ricca di consuetudini e di statuti che regolavano molti de' suoi dipartimenti. Da ciò la ragione delle frequenti quistioni transitorie nate nel passaggio dall' antica alla nuova legislazione. E quindi l' esame dell' importantissimo articolo, se all' apparir del codice civile potessero i diritti non ancora incommutabilmente acquistati esser regolati dall' antica, o dalla nuova legge.

La massima adottata fu qual dovea essere. I diritti acquistati sfuggirono all' influenza delle leggi innovative, le quali vietavano la retroattività. Ma i diritti sperati; le nude aspettative, furon sommesse all' imperio del novello codice, fatto per influire su tutto ciò che sotto la sua azione si consuma, o si avvera.

Noi, a lumeggiare i principj sovra esposti, e per

dimostrare con quanto torto i zii paterni del defunto marchese di Ducenta vengono ora ad opporre i patti di Capuana e Nido, ne' quali non intervennero, e perciò non acquistarono alcun diritto che regger potesse all' urto del novello successorio editto, troviamo opportuno di portare a disteso varj casi importantissimi, di cui ci ha conservato la memoria l' illustre autore delle transitorie quistioni.

1. — Nella famosa causa *Robusti*, decisa dalla Corte di appello di Turino nel 4 ventoso anno 13, si prese ad esaminare se le figlie che aveano rinunziato alla paterna successione sotto l' imperio delle antiche costituzioni del Piemonte, potessero esservi ammesse, non ostante la esistenza de' maschi contemplati nella rinunzia.

Costoro ostinatamente difendeansi dicendo che, se le nuove leggi successorie, le quali cancellavano ogni differenza tra' due sessi, alla specie applicar si volessero, sarebbesi lor dato un effetto retroattivo, distruggendo diritti irrevocabilmente acquistati in vigore della rinunzia.

Ma queste obbiezioni furono distrutte con un ragionamento sì solido, e sì fecondo di principj opportuni per risolvere la causa in cui versiamo, che basta annunciargli per conoscere con quanta temerità s' insista sulla osservanza de' patti di Capuana e Nido.

» La esclusione delle figlie (così disse la Corte
» di appello) stabilita nelle costituzioni generali del
» Piemonte, non era assoluta, ma condizionale — La
» principal condizione richiesta perchè tale esclusione
» avesse luogo, era l'esistenza, al momento del-
» l'apertura della successione, degli eredi agnati ca-
» paci pel loro stato di conservare l'agnazione, e di
» perpetuare i beni nella famiglia ».

(Pregevolissimo ragionamento, creato quasi di-
remmo per la causa che ne occupa. Rivolgendolo a'
nostri avversarj dee dirsi che, per darsi luogo oggidì
a' patti di Capuana e Nido convenuti in tempo ch'eran
permessi, bisognerebbe dimostrare che al momento
della morte del marchesino di Ducenta vi fossero ancora
gli eredi lineali, capaci di perpetuare e conservare i
beni, di cui si contende, esclusivamente a profitto
della stessa linea).

» La disposizione delle costituzioni generali del
» Piemonte, la quale escludeva le figlie mercè il pa-
» gamento di una dote, e quella che prescriveva la
» conservazion de' beni nell'agnazione, anche per l'av-
» venire non formavano che una sola disposizione, la
» di cui base ed oggetto erano il favor dell'agnazione ».

(Nel nostro regno, per la nota costituzione *in
aliquibus*, avea luogo in pregiudizio delle donne la

stessa esclusione che in Piemonte: *Eam causam hodie solent habere renunciationes filiarum, ut masculis consulatur, per quos solos familiarum splendor, et dignitas conservari potest* (1). Altronde la nostra consuetudine *Si quis vel si qua*, se non istabiliva una riserva agnatica, senza dubbio determinava, detraendo al diritto comune, una privilegiata successione per linee — Le rinunzie di Capuana e Nido, se dunque, come i nostri avversarj sostengono, non tendevano al favore dell' agnazione, al certo proponeansi quello di una linea ad esclusion dell' altra).

» Da questi principj segue che, se a termini del-
» le nuove leggi successorie, l' agnazione non ha più
» privilegj; se i beni non posson più esserle esclusi-
» vamente assicurati, la esclusion delle donne non può
» aver più luogo, poichè rimarrebbe senza effetto, e
» non potrebbe servir più allo scopo che la legge si
» avea proposto ».

(Questo corollario regge anche per noi. Ora, pel nuovo statuto successorio, i congiunti di una linea non possono succedere in preferenza dell' altra, poichè tanto le differenze fra le linee che su la origine de'

(1) *Fabro de error. pragmatic. dec.* 28 *err.* 3 *n.* 25.

beni, trovansi per tali leggi innovative proscritte. Quindi è vano il pretendere la durevole osservanza de' patti di Capuana e Nido per escludere i collaterali della linea opposta a quella onde i beni in contesa pervennero, precisamente perchè la succession lineale, unico fine di quei patti, non può esser più conservata).

» La legge nuova avendo ammesso a succedere
» a' loro ascendenti tutt' i figli, senza distinzion di
» sesso, ogni privilegio di agnazione è stato senza
» dubbio abolito, ed i figli maschi che, pel loro
» stato, sarebber nel caso di perpetuare la famiglia,
» non possono più conservare i beni nell' agnazione;
» poichè essi non son più soli a succedere; i preti,
» egualmente che le donne, incapaci a conservare
» l' agnazione, sono con pari diritto chiamati a succe-
» dere ».

(Lo stesso vale nel caso nostro. L' articolo 673 ammettendo a succedere i zii del defunto in qualunque linea si trovino; e l' articolo 655 non permettendo di far calcolo della origine de' beni, ogni privilegio di una linea rispetto all' altra, per succedere ne' beni derivati dalla propria linea, deve dirsi assolutamente abolito. Altronde i maschi della linea paterna, che pel loro stato serbar potrebbero in questa linea i beni che ne son pervenuti, non posson più per le nuove leggi

successorie servire allo scopo della successione per linee. Le femmine della stessa linea paterna son pure ammesse a succedere; e la duchessa di Caccuri in preferenza si ostina a voler osservati i patti di esclusione della linea materna. E certamente questa dama che ora concorre alla successione dell'estinto nipote, lungi dal conservare i beni nella linea ond'è uscita, gli trasporta in famiglia straniera, contro al disegno della consuetudine, base del patto di Capuana e Nido).

» I diversi ragionamenti esposti all' udienza dagli
» appellanti, rivolti a provare che, ammettendosi le
» attrici a succedere al loro padre, si darebbe al nuo-
» vo successorio editto un effetto retroattivo, sono più
» speciosi che solidi ».

» In effetti son essi interamente poggiati su di un
» falso principio, sopra un errore, val dire, sul
» supposto che la esclusione legale delle figlie ma-
» ritate con una dote, e la rinuncia da esse fatta
» nelle tavole nuziali, avesse da quell'istante prodotto
» un effetto assoluto ed invariabile, relativamente a'di-
» ritti de' maschi rinunziatarj, su le successioni a cui
» le figlie aveano rinunziato: secondo questo principio
» si è chiamato definitivo ciò che è solo eventuale;
» si è qualificato come diritto acquistato in una suc-
» cessione la semplice speranza di raccoglierla ».

» Intanto, poichè il padre era in facoltà di di-
» sporre de' suoi beni, sia per contratto, sia per te-
» stamento, anche in favor delle figlie che aveano
» rinunziato alla sua successione, o di un estraneo;
» egli è evidente che i diritti de' maschi sopra questa
» successione, non erano che eventuali e dipendenti
» dalla volontà del padre ».

» In tal modo la nuova legge, regolando pe' ca-
» si futuri l' esercizio di questa volontà, ed obbligan-
» do gli ascendenti a lasciare i loro beni a' figliuoli
» senza distinzion di sesso, non ha potuto colpire al-
» cun diritto acquistato definitivamente, e non ha fat-
» to che troncare una speranza: la nuova legge ha in
» ciò rimpiazzato gli stessi ascendenti, ed ha disposto
» per essi ».

(Ragionamento quanto esatto, altrettanto applica-
bile alla specie della nostra causa.

È esatto, perchè se il padre che raccolse la ri-
nunzia della figlia, l' avesse indi chiamata a succedere
nel suo testamento, ella più non incontrava l' ostacolo
della rinunzia (1) — Se in oltre la figlia fosse pre-
morta al padre, la rinunzia non ostava a' suoi discen-
denti: è questo l' effetto proprio della clausola *Si ta-*

(1) *De Marinis lib.* 1 *resolut.* 189 *n.* 15.

men qui renunciaverunt superstites sint patri matrive (1) — Se il figlio premoriva al padre, anche svaniva lo scopo e la efficacia dell' abdicazione (2), poichè egli non trasferiva al suo erede estraneo il diritto di succedere al padre ancora vivente. Tutto ciò prova che i patti abdicativi di future successioni non danno che diritti eventuali, i quali non divengono irrevocabili che colla morte di colui, la successione del quale si è rinunziata.

L' esposto ragionamento è poi applicabile alla nostra causa, poichè i parenti contemplati nella generalità del patto di Capuana e Nido erano colla distinzion delle linee chiamati a raccogliere la eredità del figlio degli sposi rinunzianti, ove costui morisse *in pupillari aetate*, *o quandocumque ab intestato*, giusta la formola che ne ha trasmessa Matteo degli Afflitti. Il figlio dunque potea disporre di tai beni tosto che per l'età acquistava la capacità del testare. Era egli in piena libertà di dare, per esempio, i beni ereditati dalla paterna linea a' congiunti della linea materna. Donde nasce che il diritto de' zii paterni per succedergli esclusivamente, era non acquistato, ma eventuale; e come tale sommesso all'azione delle nuove leggi).

(1) *Cirillo de pactis cap. VII.*

(2) *Rovit. consil.* 23 *n.* 21.

» Il vizio di retroattività che si oppone alla leg-
» ge su le successioni in riguardo alle figlie per lo in-
» nanzi passate a marito , era con più apparente suc-
» cesso allegato dall' ascendente che avea , a' termini
» delle autiche leggi , acquistato l' usufrutto de' beni
» de' suoi figli, pel resto di sua vita, alla disposizione
» del codice civile , che fissa all' età di diciotto
» anni de' figli il termine dell' usufrutto de' loro
» beni accordato a' genitori; e dal figlio che, dopo la
» morte di suo padre , secondo le leggi esistenti era
» entrato nel libero godimento de' suoi beni , alla di-
» sposizione dello stesso codice , che accorda al geni-
» tore sopravvivente l' usufrutto de' beni de' suoi figli
» sino a che sien pervenuti alla età di 18 anni: intan-
» to le decisioni sia di questa stessa Corte, sia di
» quella di Parigi, l' una in data de' 7 fruttidoro anno
» 12 nella causa Amerio e Garrone, l' altra del 3
» germile dello stesso anno nel processo della dama
» Cadeau-D' Ossy, hanno applicato queste disposizioni
» ed al padre che godeva dell' usufrutto , ed alla ma-
» dre che non avea pria della pubblicazione del nuovo
» codice lo stesso favore , e l' han tolto al primo , e
» conceduto alla seconda: ed è ne' termini del princi-
» pio stabilito , che i diritti del padre e de' figli sul
» detto usufrutto, non essendo che eventuali , e dipen-

» denti dalla esistenza e non dall' autorità paterna,
» avean potuto esser modificati ed anche annientati
» dalla legge posteriore, la quale regola l'esercizio e
» la durata di tal potere ».

Per questi ed altri principj che per brevità tralasciamo, anche perchè sono interamente legati a' particolari elementi della causa agitata, le femmine *Robasti*, non ostanti le loro rinunzie, vennero ammesse a succedere in concorso de' maschi rinunziatarj.

Chabot, che rapporta questa elaborata decisione della Corte di appello di Turino (1), altamente la commenda, come feconda di massime da seguirsi in tutt' i casi che si quistioni del valore di patti abdicativi di successioni aperte sotto l'imperio delle nuove leggi.

2. — Lo stesso autore delle quistioni transitorie fa parola di due altre specie di rinunzie in tavole nuziali, tanto più necessario per noi di ricordarne le vicende, perchè, indicando quali di questi patti rinunziativi possono essere oggidì rispettati, ne sorge una luminosa confutazione dell' improprio argomento che i nostri contraddittori trar vollero dal Real decreto de' 4 marzo 1817.

(1) *Quest. transitoires tom.* 2 *Exclusion coutumière pag.* 25 *e segu.*

» Ne' paesi di costumanza (è *Chabot* che ragiona)
» erano ammesse due specie di rinunzie a successioni
» future; le une ch' eran fatte dalle figlie maggiori o
» minori nel lor contratto di matrimonio, mercè una
» dote che lor veniva costituita dal padre o dalla ma-
» dre; le altre fatte dalle figlie in età maggiore, o
» ne' contratti di matrimonio de' loro fratelli in vantag-
» gio de' quali esse rinunziavano, o con ogni altro at-
» to fra vivi co' stessi fratelli, sempre però col con-
» senso delle persone alle successioni delle quali si ri-
» nunziava ».

(Questi ultimi caratteri de' patti abdicativi dimostrano con quanto torto si vogliono assomigliare a quelli di Capuana e Nido; i quali giustamente furono definiti per meri patti successorj, come più oltre vedremo additando gli esempj della giurisprudenza del nostro Regno).

» Le prime dicevansi *rinunzie contrattuali:* le
» altre eran vere *rinunzie convenzionali*, poichè avea-
» no luogo in virtù di contratti a titolo oneroso, o
» gratuito, tra le sorelle rinunzianti, ed i fratelli ri-
» nunziatarj ».

Chabot dichiara che le rinunzie della prima specie, cioè le *contrattuali* non possono esser più efficaci sotto l'azione delle nuove leggi che cangiano i principj regolatori delle successioni; e quindi soggiugne:

» Queste rinunzie non conferivano a' fratelli rinun-
» ziatarj diritti *definitivamente acquistati*, ma *semplici*
» *speranze* che potevano non avverarsi, e che non
» convertivansi in diritti certi che quando i loro geni-
» tori morissero senza richiamare alla successione le
» rinunzianti.

» Laonde non possono essi allegare, morti che
» siano il padre e la madre in tempo delle nuove leg-
» gi, che queste lor tolgano diritti definitivamente ed
» irrevocabilmente acquistati, pria della loro promul-
» gazione.

» Or non si può contendere che le nuove leggi
» non possono, come ogni altra legge innovativa,
» modificare ed anche annientare i diritti che non era-
» no irrevocabilmente acquistati pria della loro pub-
» blicazione, e che non vanno a verificarsi che nelle
» successioni aperte sotto il loro impero.

» Una legge può regolare a suo arbitrio tutto ciò
» che non era definitivamente determinato pria ch'essa
» nascesse: ella non urterebbe nel vizio della retroatti-
» vità, che quando oltraggiasse disposizioni anteriori
» ed irrevocabili ».

» Ma tutte le disposizioni che i loro autori han
» potuto arbitrariamente rivocare sino alla loro morte,
» non son divenute *definitive*, e non sono state realmente

» *consumate* che all' istante della morte de' disponenti:
» esse dunque debbono essere regolate dalla legge che
» si trova in vigore in tempo della morte, poichè pria
» di tal' epoca esse non aveano che un' esistenza in-
» certa ed eventuale.

» Fu tale, in ogni tempo, il principio general-
» mente adottato, e costantemente seguito da' tribuna-
» li, in riguardo a tutte le disposizioni rivocabili, che
» non conferiscono diritti certi, e non producono ef-
» fetto che alla morte de' disponenti.

» Ed ecco perchè si è sempre avuta come massi-
» ma sicura in legislazione, che le successioni debbon
» essere interamente regolate dalla legge ch' esiste al
» momento della loro apertura, in tutto ciò che non
» si trovasse precedentemente fissato da convenzioni
» irrevocabili ».

(Speriamo che i zii paterni dello estinto marche-
se di Ducenta non vogliano aver lo spirito di sostene-
re che pria delle nuove leggi, ed in tempo del matri-
monio di D. Marianna Pignatelli, il loro *individuale
invito* alla successione che ora si è aperta, si trovasse
definitivamente ed incommutabilmente regolato. Se que-
sto assunto s' immaginasse, dimanderemmo come la
chiamata irrevocabile de' zii paterni potrebb' esser com-
patibile colla condizione che i figliuoli da nascere da

quel matrimonio, senza prole ed intestati morissero! Ed è per queste diverse condizioni, da avverarsi per dar luogo alla successione de' zii paterni, che il loro diritto, lungi di esser definitivamente acquistato, non era in tempo delle antiche leggi che una semplice aspettativa, o diritto eventuale, come voglia dirsi, sempre subordinato per indole alla legge del tempo in cui la successione sperata si è aperta).

» Non si possono applicare (continua *Chabot*) » gli stessi principj alle rinunzie fatte dalle figlie, » pria della pubblicazione della legge de' 5 brumale » anno 2, alle successioni future, dirette o collaterali, *sia ne' contratti nuziali de' fratelli a vantaggio de' quali esse rinunziarono*, *sia negli atti tra* » *vivi con questi fratelli.*

» In effetti, o queste rinunzie sono state *convenute ed accettate* a titolo oneroso, o sono state » fatte a titolo gratuito.

» Nel primo caso esse erano delle cessioni, delle » vendite, de' contratti immutabili: nel secondo caso eran donazioni; poichè rinunziare in favore di » alcuno ad un diritto, è lo stesso che fargliene un » dono.

» In ambi i casi tali rinunzie erano generalmente » autorizzate dalle nostre consuetudini, ed anche, co-

» me tacite donazioni, esse non andavan sommesse al-
» le formalità prescritte dall' ordinanza del 1731, co-
» me del pari spiega Furgole, sull'articolo 1 di questa
» ordinanza.

» Sì fatte rinunzie eran dunque vere convenzioni,
» d'altronde interamente libere; le figlie non potevano
» concorrervi che nella loro età maggiore; ed erano
» talmente irrevocabili, che i genitori, il cui consenso
» era necessario per autorizzare queste rinunzie alle
» loro successioni, non aveano il diritto d'invitarvi le
» figliuole rinunzianti in vantaggio de' fratelli, a meno
» che costoro non vi avessero espressamente aderito;
» e lo stesso avveniva per le trasversali successioni.

» Queste rinunzie debbon dunque conservare la loro
» efficacia nelle successioni che pur si aprissero sotto
» l' imperio del codice civile, poichè non risultano uni-
» camente da disposizioni di usi o costumi abrogati,
» ma da convenzioni espresse ed irrevocabili, intera-
» mente sommesse alla legge esistente in tempo che
» furon fatte, e perciò solo sottratte, ove sian vali-
» de, all' azione delle nuove leggi ».

Vedasi da ciò che non vi ha scampo pe' zii pa-
terni. Anche il caso in cui i patti abdicativi di future
successioni son per particolari circostanze da rispettarsi,
non è loro applicabile. *Chabot* parla di rinunzie fatte

dalle sorelle a' fratelli o a titolo oneroso, o a titolo gratuito; e della *espressa accettazion di costoro.* Ne' patti di Capuana e Nido, de' quali vuolsi anche ora l' osservanza, i collaterali Folgori che se ne fanno scudo, non intervennero in alcun modo. La marchesa di Ducenta non rinunziò espressamente in lor vantaggio, ma solo promise di non succedere al figlio che pria di lei intestato morisse. Questa promessa contiene, è vero, colla rinunzia della marchesa lo implicito favore a' congiunti paterni. Ma è precisamente per questa circostanza che non trattasi di rinunzia fatta a determinate persone, ma a quelle che si presenterebbero *cum qualitate* al tempo della morte del figlio della rinunziante. Dunque trattasi di rinunzia della prima specie contemplata da *Chabot*, o piuttosto di quella su di cui decise la Corte di appello di Turino; per cui è frivolo l' argomento che si erge sulla inviolabilità de' diritti acquistati, perchè niun diritto i Folgori che or sono in campo stipularono dalla marchesa quando sottoscrisse la sua esclusione dalla eredità del figlio: l' invito de' zii paterni era fondato sulla consuetudine, non nel patto abdicativo della marchesa; o almeno tal patto come famulativo della consuetudine nella quale l' invito delle linee con distinzione de' beni era scritto, non può reggere quando è già crollata la base su cui venne eretto.

3. — In Francia, pria della promulgazione del novello codice, conoscevasi un altro diritto, chiamato *devoluzione consuetudinaria*. Era questo un vincolo che, dopo la morte di uno de' coniugi, e nel caso in cui lasciasse figli, veniva ad imprimersi su' beni del coniuge superstite acquistati nel corso delle nozze; di modo che costui, interdetto a disporne, era in obbligo di conservargli a' figliuoli derivati dal matrimonio disciolto, in esclusione di quelli che aver potrebbe da altre nozze.

Pubblicate le nuove leggi, surse il dubbio se, sciolto il matrimonio pria di esse, la devoluzione consuetudinaria fosse già acquistata al figlio che n' era nato, per modo che i beni considerar si dovessero come parte della di lui successione; ovvero il coniuge sopravvivente ritener dovesse i beni per lo innanzi alla devoluzione sottoposti, considerandosi sottratti a tal vincolo, e parte della sua successione.

Questo secondo partito fu abbracciato pria dal Governo, indi dalla Corte di Cassazione, la quale con due decisioni degli 8 messidoro anno 11, e 10 nevoso anno 13, richiamò le massime costanti nella materia intorno a' diritti eventuali che rapir non si possono all'azione delle leggi nuove.

» Atteso che (così si disse nella prima decisio-

» ne) la devoluzione, come è ammessa nella costu-
» manza di Limbourg, cogli articoli 1, 3, 4 e 6, cap. III.
» tit. II, non conferiva a' figli che un diritto di aspet-
» tativa su'beni devoluti; che questo diritto non spro-
» priava lo sposo sopravvivente; e che i figli non era-
» no investiti della proprietà di questi beni, che col-
» la morte del superstite de' loro genitori ».

» Considerando (è questa la seconda decisione)
» che la devoluzione, come è stabilita dallo statuto
» *du mundat* di Weissembourg, non spropriava il
» coniuge sopravvivente de' beni di cui era proprieta-
» rio in tempo dello scioglimento del suo matrimonio:
» che se i figli acquistavano, cogli effetti della devo-
» luzione, un' aspettativa de' beni talmente fondata,
» che avrebbe potuto dar loro il diritto di opporsi al-
» le vendite che il coniuge superstite avesse voluto
» fare per casi diversi da quelli in cui lo statuto per-
» mettevagli di alienare, tale aspettativa non era però
» l' equipollente della proprietà: che questa restava es-
» senzialmente presso il coniuge sopravvivente, il qua-
» le in alcuni casi poteva disfarsene, nè si considerava
» di acquistarla, quando colla morte de' figli tal pro-
» prietà diveniva libera dal legame della devoluzione:
» simile al fedecommesso, la devoluzione non impedi-
» va che il gravato fosse il solo proprietario; talchè al

» pari de' chiamati a raccogliere un fedecommesso, i
» figli non aveano che un' aspettativa subordinata alla
» condizione ch' essi sopravviverebbero al loro autore,
» gravato di devoluzione. Or la legge abolendo quest'
» aspettativa, e stabilendo il modo di trasmissione del-
» la proprietà de' beni de' genitori gravati di devoluzio-
» ne, non ha punto retroagito, perchè la trasmissione
» dovea ancora operarsi: tale è altronde lo spirito del-
» l' articolo 1 della legge de' 18 piovoso anno 5, la
» quale, non rispettando che gli avvantaggi legittima-
» mente stipulati in favor de' successibili, *esclude ne-*
» *cessariamente quelli che derivavano da usi o statuti*
» *sotto l' azion de' quali il contratto di matrimonio*
» *era seguito*: tale è anche la conseguenza della legge
» de' 3 vendemmiale anno 4, la quale ordinando la
» esecuzion della legge de' 17 nevoso anno 2, a con-
» tare dal giorno della sua promulgazione, ha neces-
» sariamente abolito, in pregiudizio de' figli nati da
» matrimonj per lo innanzi contratti, tutt' i vantaggi
» che avrebbero potuto far valere sull' appoggio di
» statuti municipali.

» Considerando finalmente che tutte queste di-
» sposizioni legislative derivano dal principio che *le*
» *trasmissioni de' beni, lasciate sotto la possanza del-*
» *la legge, debbono esser regolate dalla legge in*

» *vigore nel tempo in cui le trasmissioni si opera-*
» *no* (1) ».

Ecco un altro luminoso esempio che lo scontro di due legislazioni, una che parte, l'altra che sopravviene, ha fatto nascere per giudicare dell'esercizio di diritti legati al tenore di antichi contratti matrimoniali. Se questi diritti eventuali non han potuto reggere all'urto del nuovo codice che vedrebbe consumarli e verificarli sotto il suo dominio, noi non sappiamo per qual magica forza sarebbe a sospendersi l'azione de' principj più ovvj e più fermi della giurisprudenza, onde perpetuar l'osservanza de' patti di Capuana e Nido!

E non è superfluo il riflettere che, nel caso ora esposto, il diritto de' figli chiamati a godere della devoluzione consuetudinaria era più che una semplice aspettativa, poichè lo scioglimento del matrimonio de' loro genitori in tempo che gli statuti municipali osservavansi ancora, avea già impresso il vincolo di devoluzione su i beni del coniuge sopravvissuto. Intanto le nuove leggi spezzarono questo vincolo, perchè il diritto che ne nasceva in favore de' figliuoli non era con-

(1) *Queste decisioni leggonsi in Chabot questions transitoires tom.* 1, *dévolution coutumière pag.* 163 e 164.

sumato ed aperto, ma eventuale; ed i diritti eventuali son sempre soggetti all' azione delle leggi che regolano le trasmissioni de' beni.

Al contrario nel caso nostro, i diritti de' contemplati nel patto di Capuana e Nido erano semplici e nude speranze al sopraggiunger del decreto de' 22 ottobre 1808, e della nuova legislazione abrogativa di tutte le consuetudini generali e locali, ed in conseguenza di tutt' i patti di future successioni relativi ad usi e costumi di già aboliti.

4. — Siegue un altro esempio che pur leggesi nelle quistioni transitorie di *Chabot* (1), e che per contrmicolpo anche decide dell' attuale inefficacia de' patti di Capuana e Nido.

Al primo apparire delle nuove leggi, i maschi ed i primogeniti avean di già perduto in Francia ogni privilegio in concorso delle femmine e de' cadetti, pe' feudi, dominj ed allodj nobili; del pari che tutte le altre distinzioni dipendenti da motivi di nobiltà, o differenza di sesso, dopo la pubblicazione del decreto de' 15 marzo 1790, furon tutt' affatto cancellate e distrutte: in conseguenza fu ordinato che tutte le succes-

(1) *Tom. 1, droit de masculinité et de primogeniture pag.* 381 *e seg.*

sioni tanto dirette che collaterali, tanto mobili che immobili, fossero, senz' alcun riguardo all' autica qualità nobile di beni o di persone, divise fra gli eredi, secondo le leggi, statuti e costumi che regolavano le successioni fra tutt' i privati — » Questa disposizione » fu estesa ad ogni specie di beni dalla legge degli 8 » aprile 1791, la quale definitivamente abolisce sia in » linea diretta, sia in linea collaterale, ogni disugua- » glianza risultante tra gli eredi *ab intestato*, dalla » qualità di primogenito, o secondogenito, dalla dif- » ferenza di sesso, o dalle esclusioni consuetudinarie.

» Intanto se, pria di queste leggi innovative, vi » fossero stati de' contratti che avessero legalmente » conferito a de' maschi, o primogeniti, il diritto ir- » revocabile ed esclusivo di prender de' precipui, o » di raccogliere certe specie di beni nelle successioni » future, questi contratti perder dovrebbero tutto il » loro effetto, se anche le successioni si aprissero sot- » to l' impero del codice civile, *purchè però i maschi » o primogeniti che ne sarebbero vantaggiati, gli » avessero stipulati personalmente, o con procuratori » speciali negli atti onde accettare i vantaggi lor » conferiti.*

» In questo caso in effetti, non sarebbe in vigo- » re della disposizione della consuetudine, ma in vir-

» tù d' una convenzione espressa, o d' una donazione
» reale che i maschi o i primogeniti raccorrebbero gli
» *stipulati vantaggi*; tal che il diritto trovandosi in
» favor loro definitivamente acquistato in tempo che
» la legge lo permettea, il codice civile non potrebbe
» annullarlo senza retroagire sopra convenzioni irrevo-
» cabili ».

(Queste condizioni, essenzialmente richieste per conservare i vantaggi dipendenti da antichi contratti, che sotto l' imperio delle leggi nuove non sarebbero permessi, non possono esser certamente allegate da' zii paterni del defunto Salvatore Folgori. Essi non intervennero ne' capitoli matrimoniali de' di costui genitori per fare una stipulazione espressa de' vantaggi che or vorrebbero esclusivamente raccorre. Essi dunque non possono invocare la convenzione come base di un diritto lor conferito immutabilmente, perchè nè anche per ombra si pensò da' contraenti del patto di farne loro il trasferimento. Costoro non visarono che alla successione per linee, in pro degli eredi consuetudinarj del figlio che intestato e senza prole morisse. Dunque, lungi di volerne gratificare i congiunti che or sono in giudizio, intesero e vollero che la successione distintamente per linee si devolvesse a chiunque fosse *prossimiore* ne' termini della consuetudine. E quindi

l' assunto che or si trattasse della efficacia di diritri acquistati, è sotto tutti gli aspetti frivolo, disperato, ed assurdo).

» Ma se (continua il dotto *Chabot*) il diritto era » stato generalmente conferito a tutt' i maschi, o a » tutti i primogeniti nati o da nascere, per essere » trasmesso ereditariamente da maschio in maschio, » ciò che sarebbe una vera sostituzione fedecommes- » saria annullata dalle nuove leggi; *o se i maschi o* » *i primogeniti a vantaggio de' quali il diritto si tro-* » *verebbe costituito, non avessero stipulato nel con-* » *tratto per accettarne validamente il dono*; in ogni » caso finalmente *che non vi fosse convenzione espres-* » *sa ed irrevocabile cogli stessi donatarj*, poichè il » diritto non potrebbe esser riputato *convenzionale*, e » non diverrebbe esigibile che in virtù del disposto » nella consuetudine, egli è certo che non si potreb- » be esercitarlo in una successione aperta sotto l' im- » pero delle nuove leggi ».

(Questi principj non possono leggersi senza ravvisarvi tutti gli elementi del proprio giudizio che debbe darsi su' patti di Capuana e Nido. Noi siamo precisamente nel caso che contempla *Chabot*, e che non può esser deciso in modo diverso da quello ch' ei segue, e che fu dalla Corte regolatrice adottato, co-

me or ora vedremo. I zii paterni dell' estinto marchese impropriamente gridano che bisogna riguardar quei patti, non come consuetudine, ma come *vero patto.* Sia patto, e solamente patto come essi vogliono. Dal medesimo però non deriva un diritto convenzionale per coloro che lo allegano. Essi non figurarono nel contratto di nozze degli sposi Folgori e Pignatelli; nè col mezzo di un mandatario speciale stipularono ed accettarono i vantaggi che intendono di raccorre. Dunque in vano si sforzano d' indossar la veste di donatarj di un diritto incommutabilmente acquistato, poichè ad essi niuno ne fu conferito: il vantaggio fu stipulato per gli eredi delle linee in termini vaghi e generali, come dice *Chabot.* Laonde il diritto per essi riservato, non potendo sperimentarsi che su l' appoggio della consuetudine garante della successione per lineo, incontra l' ostacolo delle nuove leggi, le quali, dopo abrogate le consuetudini, proscrivono ogni differenza delle linee, ed altrimenti regolano le legittime trasmissioni de' beni).

» Noi rinveniamo lo sviluppamento, e l' applica-
» zione di questi principj in un affare ove la corte
» di cassazione, sopra requisitoria di ufficio del pro-
» curator generale Merlin, ha cassato un arresto della
» corte di appello di Turino. Ecco la specie:

» Sereno Beltrami muore nel secondo giorno com-
» plimentario dell' anno 11 nel Piemonte: egli lascia
» per eredi quattro figli, due femmine e due maschi;
» e tramanda loro colla sua successione un fondo che
» avea preso ad enfiteusi ecclesiastica, con atto del
» 3 gennaio 1720.

» Le due figlie pretendono che questo fondo deb-
» ba esser diviso, come gli altri beni ereditarj, ed
» in parti eguali, poichè l' articolo 702 del codice
» civile, sotto il di cui imperio il loro padre era
» morto, non valutava la origine de' beni per rego-
» larne la successione (1).

» I due fratelli sostengono al contrario, che il
» fondo in contesa debb' esser segregato dalla massa
» ereditaria, e loro deferito in totalità, perchè a
» titolo d' enfiteusi non erasi conceduto che agli eredi
» maschi della famiglia: *suisque et heredibus et succes-*
» *soribus usque ad tertiam generationem et non aliter.*

» La domanda de' maschi si accolse non solo dal
» tribunale civile di Vougères con sentenza del 14
» brumale anno 13, ma anche dalla corte di appello
» di Turino con arresto degli 11 termidoro anno 13.

---

(1) *Lo stesso principio si contiene nell' articolo* 655 *delle nostre leggi civili, tranne le sole eccezioni espresse negli articoli* 670 *e* 671.

» Il procurator generale richiede d'ufficio l'annul-
» lamento di questa decisione.

» Che la corte di appello di Turino (egli disse)
» abbia ben giudicato decidendo che le sorelle Beltra-
» mi non avrebbero avuto alcun diritto a questi beni,
» se il loro padre fosse morto sotto l'antica giurispru-
» denza del Piemonte, ciò non sembra nè dubbioso,
» nè suscettibile di esame davanti la corte di cassa-
» zione.

» Ma che la stessa corte abbia potuto giudicare
» che l'antica giurisprudenza del Piemonte sopra que-
» sta materia, non fosse abrogata in tempo della mor-
» te di Sereno Beltrami, e che le nuove leggi non
» assicurassero alle figlie di costui una parte eguale
» ne' beni ch'egli avea posseduti in enfiteusi, questo
» è ciò che non si sa concepire.

» L'articolo 732 del codice civile non permet-
» tea tenersi conto nè della natura, nè della origine
» de' beni per regolare la successione: dunque la cor-
» te non potea escludere le sorelle Beltrami dalla di-
» visione de' beni controversi, sotto il pretesto ch'essi
» provvenissero da una enfiteusi ecclesiastica.

» Ed inutilmente si è detto che non era per di-
» ritto di successione che questi beni doveano esser
» deferiti a' discendenti di Sereno Beltrami, ma *jure*

» *contractus*; e che i termini del contratto del 1 feb-
» braio 1747, inteso nel senso determinato dalla giu-
» risprudenza degli arresti, non chiamavano che i di-
» scendenti maschi.

» Delle due cose l'una: o dalla clausola di questo
» contratto, che invitava i discendenti maschi di Se-
» reno Beltrami, era derivato un fedecommesso, in
» virtù del quale Sereno Beltrami ed ognuno de' suoi
» successori, era in obbligo di conservare i beni enfi-
» teutici nella famiglia fino alla terza generazione sen-
» za poter alienarli, nè disporne; o questa clausola
» avea lasciato a Sereno Beltrami, ed a ciascuno di
» coloro che doveano succedergli in siffatti beni, la
» facoltà di disporre in qualunque modo giudicasse a pro-
» posito, salvo al padron diretto il diritto di rientrarvi,
» sia a titolo di prelazione, o di devoluzione, sia sem-
» plicemente allo spirar della enfiteusi.

» Nel primo caso l'effetto di questa clausola è
» cessato dal momento che i fedecommessi furono abo-
» liti nel Piemonte, e si sa che ciò avvenne in vigor
» della legge della *Consulta* piemontese de' 6 fruttidoro
» anno 8. . .

» Nel secondo caso, l'effetto della esposta clau-
» sola si trova neutralizzato dal codice civile; ed è
» questa nna verità facile a comprendersi.

» Il codice civile non permette di sconvolgere
» l'ordine delle successioni che col mezzo di testa-
» menti, di donazioni fra vivi, e d'instituzioni con-
» trattuali in favore di persone che si maritino o de'
» loro figli da nascere.

(Non già in favore de' congiunti di una linea, chiamati nella loro generalità, come ne' patti di Capuana e Nido si verifica).

» Fuori di queste eccezioni, la legge rifiuta ogni
» patto, ogni stipulazione il di cui oggetto fosse di
» dare ad un uomo un successore diverso da quello
» che gli è designato dalla legge.

(Assurdo che i zii paterni dell' estinto marchese di Ducenta vorrebbero far valere, pretendendo di succedergli *ab intestato* con leggi diverse da quelle che chiamano gli eredi legittimi in mancanza di eredi testamentarj).

» Non si può, dice l'articolo 1130 (1), rinunzia-
» re ad una successione non ancora aperta, nè fare
» alcuna stipulazione su la medesima, se anche v'in-
» tervenisse il consenso di colui della successione del
» quale si tratta.

» Ed il Legislatore è sì fermo in questo princi-

(1) *Uniforme all' articolo 1084 delle leggi civili.*

» pio, e lo considera sì sacro, che vi sottopone an-
» che i contratti di matrimonio. I futuri sposi, così
» l'articolo 1389 (1), non possono fare alcuna con-
» venzione diretta a cangiare l'ordine legittimo delle
» successioni, sia per rapporto ad essi stessi nella suc-
» cessione de' figli e discendenti, sia per rapporto a'
» figli tra loro.

» Come dunque potrebbe ancora al presente darsi
» effetto alla clausola del contratto enfiteutico del 1.
» febbraio 1747, che chiama i discendenti maschi di
» Sereno Beltrami in esclusion delle femmine? sarebbe
» ciò forse perchè questo contratto è anteriore al co-
» dice civile? sarebbe forse perchè, all'epoca in cui
» questo contratto fu celebrato, nulla eravi in tal clauso-
» la, che offendesse le leggi piemontesi intorno all'or-
» dine delle successioni?

» Senza dubbio questa circostanza sarebbe decisiva
» per la opinione abbracciata dalla corte di appello di
» Turino, *se i discendenti maschi di Sereno Beltra-*
» *mi fossero stati parte nel contratto del* 1. *febbraio*
» 1747 *E VI AVESSERO PERSONALMENTE STIPULATO*: *si*
» *direbbe in tal caso ch' essi hanno acquistato, per*
» *tal contratto, un diritto irrevocabile al possesso*

(1) *Uniforme all' art.* 1343 *delle nostre legg. civ.*

» *esclusivo de' beni enfiteutici*; ed il codice civile non
» avrebbe nè potuto nè voluto spogliarli di questo
» diritto.

(Adattate questo solido ragionamento, uniforme a' principj costantemente applicati in consimili quistioni, a' patti di Capuana e Nido, e la causa de' zii che si presentano per ottenerne favore, mentre non v' intervennero, diverrà non solo ingiusta, ma mostruosa).

» Ma nè i discendenti maschi di Sereno Beltra-
» mi, nè Sereno Beltrami esso stesso, furono parti in
» tal contratto: questo avvenne fra il canonico Luca,
» e Bartolomeo Beltrami, padre di Sereno; quindi
» non ha dato maggior diritto a costui, ed a' suoi di-
» scendenti maschi, di quello che, a' parenti collaterali di
» una donna maritata sotto l' imperio delle antiche leggi,
» desse la clausola colla quale questa donna, maritandosi,
» avesse stipulata una somma in numerario propria a' suoi
» del suo lato e linea: e siccome non ostante tal clauso-
» la, la somma stipulata propria, sarebbe, in una
» successione che ora si aprisse, deferita all' erede de-
» signato dal codice civile; nella maniera stessa, è
» alle femmine, come a' maschi di Sereno Beltrami,
» morto dopo la promulgazione del codice civile, che
» appartener debbono i beni conceduti in enfiteusi a'
» loro comuni ascendenti.

(Laonde, se anche potesse immaginarsi che in termini espressi il marchese D. Ferdinando Folgori avesse stipulato che i suoi beni, accadendo la morte intestata de' suoi figli da nascere, avessero dovuto devolversi a D. Nicola, D. Francesco e D.a Rachele Folgori individualmente nominati; e se pure per un prodigio, un diritto irrevocabilmente acquistato *jure contractus* potesse supporsi in costoro su la successione di una persona che della sua eredità non dispose, perchè al tempo dell' atto non esisteva, pure ogni loro privilegio sarebbe per l' azione delle novelle leggi già spento. Queste, diciamolo sino alla nausea, non riconoscono più differenza nelle linee, non più la distinzione de' beni paterni, e materni; e gli eredi che raccor debbono e gli uni e gli altri, esser ora non possono che quelli nel nuovo successorio editto indicati).

» Altronde mentr' è evidente che il codice civile ri-
» spetta e mantiene i diritti acquistati pria della sua pub-
» blicazione, egli è pur chiaro che le semplici aspet-
» tative, le nude speranze che esistevano pria della
» sua promulgazione, han cessato, e sonosi estinte al-
» l' epoca in cui lo stesso codice divenne la legge comu-
» ne, la regola uniforme di tutti i diritti da acquistar-
» si per l' avvenire; e giovi nuovamente dirlo, i di-
» scendenti maschi di Sereno Beltrami non aveano ac-

» quistato alcun diritto a' beni enfiteutici del loro pa-
» dre, prima della sua morte, o, ciò ch' è lo stesso,
» prima della pubblicazione del codice civile.

(Lo stesso ragionamento calza tutt' affatto contro i zii paterni dell' estinto marchese di Ducenta, sostenitori de' patti di Capuana e Nido. Abrogate le antiche leggi, all' apparir delle nuove, D. Francesco, D. Nicola e D.ª Rachele Folgori niun diritto aveano acquistato su' beni del loro nipote. Essi non avevano che la nuda speranza ch' ei morisse senza prole e senza testamento, per raccogliere la sua eredità, e concorrere co' zii materni distintamente per linee e con distinzione di beni. Le nuove leggi dunque, troncando queste semplici aspettative de' zii paterni, e nuovo ordine di succedere sostituendo all'antico, non han distrutto diritti acquistati da essi, perchè niuno ancora ne aveano. A che dunque si pretende voler succedere come chiamati nel patto, se questo, quando le nuove leggi apparvero, non dava a' terzi, che ne invocano la efficacia, diritti irrevocabili, ma lusinghe da convertirsi in diritti solo se le cose nello stesso stato fosser durate, ed un nuovo editto successorio non fosse arrivato per immutarle?).

Per questi ed altri motivi particolari alla causa, Merlin conchiuse all'annullamento della decisione della corte di appello di Torino, e la corte di cassazione

fece pienamente diritto alla requisitoria del suo procuratore generale con un arresto de' 23 novembre 1807 in questi termini:

» La corte dopo di aver deliberato in camera di » consiglio

» Veduti gli articoli 732 e 745 (1) del codice » civile

» Ed atteso che nella specie sommessa alla corte » di appello di Torino, non era quistion di decidere » se, a termini delle nuove leggi, il diritto di ritorno » de' fondi enfiteutici, dopo la estinzione delle perso- » ne chiamate in virtù del titolo costitutivo, potesse » ancora aver luogo in vantaggio del padron diretto; » ma trattavasi unicamente di sapere se, il caso del ri- » torno preveduto nel titolo non essendo ancora ve- » rificato, le figlie del padrone utile de' fondi doves- » sero partecipare co' loro fratelli alla successione ne' » detti beni, aperta dopo che il codice civile ha avu- » to forza di legge nell' antico Piemonte.

» Che a' termini degli articoli 732 e 745 del co- » dice, i figli succedono al loro padre senza distin- » zione di sesso, qualunque sia la natura e la origine » de' beni.

(1) *Uniformi agli articoli 655 e 667 legg. civ.*

(Ed al proposito della successione del marchese di Ducenta convien dire, come i primi Giudici han detto, che, secondo gli articoli 655 e 673, alle persone che muoiono senza figli e discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle e loro discendenti, la successione, tolta ogni ricerca sulla origine de' beni, appartiene agli zii ed alle zie in qualunque linea si trovino).

» Che quindi la corte di appello di Turino non » ha potuto, sul fondamento di un' antica giurisprudenza, ammettere una eccezione alla regola generale stabilita dalle nuove leggi, ed escluder le figlie » trattandosi di enfiteusi ecclesiastica, senza commettere un eccesso di potere, e senza violare il testo » delle suddette leggi. Cassa ec. (1).

Noi non vogliamo aggravar la pazienza de' Giudici e de' leggitori recando qui altri esempj di transitorie quistioni, nelle quali son sempre ripetuti gli stessi principj. Notiam solo che, per dar vita a' patti di Capuana e Nido anche sotto l' imperio delle nuove leggi successorie, in vano sono i nostri avversarj ricorsi agli

(1) *Tutto l' esposto ragionamento di Merlin, e la decisione della Corte di Cassazione leggonsi in Chabot quest. transitoires tom.* 1, *Droit de masculinité et de primogéniture pag.* 385 *e segg.*

antefati, alle sopravvivenze stipulate secondo antiche leggi o statuti, alle comunioni coniugali, col godimento e colla divisione di parte de' beni o dell' usufrutto, e ad ogni altro vantaggio convenuto fra le persone che figurarono e stipularono in contratti antichi, irrevocabili e fermi. Questi esempj nulla han di comune colle rinunzie alle successioni che si sarebbero aperte a pro di tali eredi, e con delle tali leggi, i quali eredi consuetudinarj e le quali leggi son dal 1808 pienamente cessati; onde mancano le persone di quegli eredi, mancano quelle successioni che si vollero conservare, manca tutto! Ne' casi addotti da' nostri avversarj si tratta sempre di un diritto acquistato dalla donna ad una parte de' beni: in quello che alimenta la disputa, si cerca di render pago il desiderio di far osservare senza interrompimento un ordine successorio che più non esiste, e che avea tanti altri compensi. In questo caso specifico gli oppositori dell' uso di Capuana e Nido non sono stipulanti, ma sarebbero chiamati in qualità di eredi consuetudinarj: questa qualità debbon essi persuadersi che non posson' più, in onta alle nuove leggi, rappresentarla.

V. *Esempj decisivi della giurisprudenza napolitana.*

Finora abbiam vagheggiato i casi più notevoli della giurisprudenza francese, onde dimostrare quali principj seguìti uniformemente si fossero nelle moltiplici quistioni surte nel passaggio dall' antica alla nuova legislazione. Essi al certo lumeggiano la causa che abbiam per le mani, e danno a divedere con quanto studio siasi procurato di sfuggirne l' incontro per appigliarsi ad esempj d' indole diversa, ne' quali le parti aveano pria delle nuove leggi, espressamente stipulato de' diritti, che non potevan queste annientare senza essere retroattive.

Ma ad onta di tanta dovizia di massime, tutte contrarie all' assunto de' zii paterni dell' estinto marchese di Ducenta, essi potrebbero sempre opporci che la giurisprudenza francese non è quella del nostro regno; e principalmente non può decidere della sorte di un contratto legato ad usi che in Francia non erano conosciuti. E bene; lasciamo gli esempj di analogia, e scorriamo quelli che diconsi identici: abbandoniamo il foro e i tribunali francesi, e consultiamo la giurisprudenza del nostro regno. Questo novello tentativo sarà fatale per chi lo provoca: noi andiamo a coglierne un più lusinghiero trionfo.

1. — Nel 13 aprile 1813, coll' intervento del signor cavaliere Presidente Letizia, la disciolta Corte di appello di Napoli diffinì la causa tra Gio: Spigna e Gio: Verde.

Questa decisione è notevolissima, perchè prese tra l' altro ad esaminare se Orsola Verde maritata co' patti di Capuana e Nido, avesse potuto nel suo testamento del 1811 disporre della metà delle doti, avendo un solo figlio, o della sola decima parte di esse secondo il tenor di quei patti. La corte ragionò nel seguente modo.

» Considerando che ne' capitoli matrimoniali stesi » a' 13 settembre 1807, ove s' interloquisce della re- » stituzione della dote, si aggiunge: *S' intende intie- » ramente alla nuova maniera, al che dette signore » parti si sottopongono:* e dopo essersi promessa la » rinunzia alla successione paterna e materna, si sog- » giunge: *salva ed espressamente riservata la potestà » alla detta D. Orsola di poter testare, e disporre » delle suddette doti a tenore della consuetudine di » Napoli* in scriptis redacta, *cioè con figli la decima » parte, senza figli della metà.*

» Considerando quindi che da tali parole non può » unque mai rilevarsi una disposizione del padre della » dotata a favore de' suoi nipoti, per annoverarsi tale » disposizione fra quelle permesse dal codice Napoleo-

» ne nell'articolo 1048, ma o deve riputarsi un patto
» di futura successione, patto reso valido dalla nostra
» consuetudine *Si qua moriens* ed inserito nelle con-
» suetudini, o siano usi di Capuana e Nido detti *al-*
» *la nuova maniera*; ma riprovati dalle antiche e nuove
» leggi, L. 15 e 30 *cod. de pactis*, articoli 791 e
» 1130, sotto l'imperio delle quali è morta la dotata
» testatrice; o deve piuttosto, come i trascritti termini
» pare che indichino, riputarsi una disposizione fatta
» allora dalla dotata a favore de' suoi futuri figli, o
» de' suoi congiunti in mancanza di prima disposizione
» che a tenore delle antiche e nuove leggi era sempre
» variabile sino al punto di sua morte, articolo 895.

» Per tali considerazioni la Corte, intese le parti, ed
» il pubblico Ministero signor Angelo Masci R. P. G. S.
» nelle sue verbali conclusioni, annulla l'appelli tanto
» principale che incidente, e ciò di cui è appello, e con
» nuova decisione dichiara valido il testamento della
» signora Orsola Verde fatto per atto pubblico a 16
» novembre 1811 pel signor Michelangelo Capuano.

» Dichiara che ha potuto la medesima in forza
» dell' articolo 913 disporre della metà della sua dote,
» avendo lasciato superstite un solo figlio.

» Pubblicata all' udienza de' 13 aprile 1813. Pre-
» senti li signori, cavalier *Gregorio Letizia* Presidente,

» cavalier *Prospero de Rosa* Giudice, *Michele Lopez*,
» *Raffaele Uberti*, *Giovanni de Gemmis*, *Vincenzo*
» *Vollaro*, ed il signor *Angelo Masci* R. P. G. S.

2. — Siegue un altro esempio, tanto più decisivo nella causa, perchè conferma la opinione da noi sostenuta nell'allegazione esibita a' primi Giudici, cioè che i patti di Capuana e Nido, tanto è lungi che regger potessero sotto l'azione delle nuove leggi per escludere i collaterali de' riuunzianti che non vi concorsero, che se si fosse trovata esistente la marchesa di Ducenta, sarebbe, senza l'ostacolo della sua rinunzia, concorsa alla successione del figlio.

Ippolita de Rosa nelle tavole per le nozze con . . . . . . Cirpoli in provincia di Salerno adottò i patti di Capuana e Nido, e con essi rinunziarono gli sposi alla reciproca successione de' figli. Uno di costoro per nome Girolamo cessò di vivere in tempo dell' editto successorio promulgato da S. M. nel 26 gennaio 1816. La madre di già passata a nuovo matrimonio con D. Vincenzo Carusio, pretese di succedere al premorto figliuolo. Giuseppe e Giovanni Cirpoli altri figli di lei le opposero i patti di Capuana e Nido come un potentissimo ostacolo a farla succedere. Il Tribunal Civile di Salerno nel 31 agosto 1821 escluse Ippolita de Rosa. Ma la Gran Corte Civile di Napoli in seconda Camera,

con due decisioni, una contumaciale de' 13 febbraio 1822; e l'altra in contraddizione, de' 19 giugno dello stesso anno, riformò con energico ragionamento la sentenza de' primi Giudici, dichiarando la inefficacia de' patti di Capuana e Nido relativamente a successioni aperte sotto l'azione delle nuove leggi. Ecco le decisioni.

» *Decisione contumaciale — Quistioni.* Ha dritto la signora de Rosa a succedere al figliuolo premorto, o le ostano i capitoli matrimoniali e il posteriore istromento di ricezione delle doti?

» Le spese?

» Atteso che col decreto de' 22 ottobre 1808, » nell'ordinarsi la osservanza del codice, dal dì primo » del seguente gennaio furono abrogate tutte le leggi, » e consuetudini preesistenti.

» Atteso che nel 1815 Sua Maestà prescrisse che » provvisoriamente si manutenessero tutte le leggi, e » decreti in vigore.

» Atteso che nel 1816 fu pubblicato l'Editto successorio, che ebbe effetto sino all'attivazione del » novello codice del Regno.

» Atteso che le *successioni si regolano colle leggi* » *vigenti nell'atto della loro apertura.*

» Atteso che il figlio dell'appellante trapassò sotto l'impero dell'Editto sopraenunciato, sola norma » per istabilire i diritti de' successibili.

» Atteso che i capitoli matrimoniali non sono di
» ostacolo alla signora de Rosa, si perchè non v'in-
» tervenne, come perchè contenenti patti successorj
» fondati su di una consuetudine distrutta dal decre-
» to, e molto più dalla nuova legge, che ha variato
» l'ordine delle successioni. Meno ancora può nuocer-
» le l'istrumento del 1819. Una quietanza per la ri-
» cezione delle doti non può estendersi al di là del
» suo oggetto. Altronde di essa potrebbe forse giovar-
» si il di lei germano, che la soddisfece, ma non i
» Cirpoli, che non ne fecero parte.

» Atteso che quindi la signora de Rosa ha dritto
» a succedere al figlio ai termini dell'Editto successo-
» rio, ed è anche giusta la di lei dimanda per gl'in-
» teressi delle sue doti.

» Atteso che chi soccumbe deve le spese.

» Per tali motivi

» La Gran Corte Civile accorda atto di contumacia
» a pro della parte patrocinata dal signor de Cesare
» contro D. Giuseppe Cirpoli minore emancipato assi-
» stito dal curatore D. Raffaele Natella, e D. Cono
» de Honestis tutore della minore D. Giovanna Cir-
» poli; e per lo profitto definitivamente pronunzian-
» do sull'appello di D. Ippolita de Rosa avverso il
» primo capo della sentenza del Tribunale Civile di

» Salerno de' 31 agosto 1821, rivoca il capo stesso,
» e dichiara aperta la successione di D. Girolamo Cir-
» poli per una terza parte a beneficio di essa signora
» de Rosa di costui madre. Ordina quindi che si pro-
» ceda ne' modi prescritti dalla legge alla divisione
» de' beni rimasti nella di lui eredità. Aggiungendo,
» condanna i detti D. Giuseppe, e D. Giovanna Cir-
» poli a pagare alla signora de Rosa gl' interessi al 5
» per 100 netti su ducati 400 dotali della medesima
» dal giorno, in cui cessò ella dalla tutela de' nomi-
» nati signori Cirpoli sino alla effettiva soddisfazione.
» Rinvia le parti al Tribunal Civile anzidetto per la
» esecuzione, e per la destinazione del Giudice dele-
» gato alle operazioni della divisione.

» Il Presidente del Tribunal Civile istesso è de-
» legato a destinare l'usciere per la notifica della pre-
» sente a' contumaci.

» Condanna i medesimi alle spese del giudizio
» liquidate in ducati 71-82.

» Pubblicata all'udienza de' 13 febbraio 1822. Pre-
» senti li signori *D. Domenico Montone* Vice-presi-
» dente, *D. Nicola Giannotti*, *D. Alessandro Petruc-*
» *ci*, *D. Giuseppe Castaldi*, *D. Agostino Cappelli*
» Giudici, e *D. Francesco Antonio Roberti* Regio
» Procurator generale sostituito.

» *Decisione contraddittoria* — *Quistioni.* È
» ammissibile l' appello incidente ?

» Ha dritto la signora de Rosa a succedere al fi-
» gliuolo, o le ostano i capitoli matrimoniali, ed il
» posteriore istromento di ricezione della parte delle
» doti dal di lei germano, o la domanda pel resto
» delle doti, e pei frutti dell' antefato ?

» Sono dovuti a lei gl' interessi pe' duc. 400 ?

» Le spese ?

» Sulla prima.

» Atteso che dopo le opposizioni alla decisione
» contumaciale, che contengono conclusioni per atto
» di patrocinatore, le quali fissano la contestazione,
» non è più lecito di produrre appello per incidente.
» Nè le riserve possono giovare, poichè i giudizj deb-
» bono avere il loro corso spedito a norma della legge,
» non ad arbitrio delle parti. D' altronde le interlocu-
» torie, e le preparatorie non ligando i Giudici, il
» Tribunale Civile potè ben pronunziare sulla domanda
» in definitivo, nè vi era bisogno di novella citazione.

» Sulla seconda.

» Adottando le considerazioni premesse alla deci-
» sione contumaciale.

» Atteso che il patto di Capuana, e Nilo s' intro-
» dusse ne' capitoli per effetto di una consuetudine

» adottata da' nobili di quelle piazze contraria alla con-
» suetudine napoletana; nè altro era che un *patto suc-*
» *cessorio*, *e se importava implicitamente rinunzia*,
» *questa era fondata più sulla consuetudine anzidet-*
» *ta*, *che sulla determinata volontà de' paciscenti di*
» *stipulare una rinuncia* non soggetta alla distinzione,
» di cui Bartolo fu l' antesignano tralle rinuncie *ratione*
» *legis*, e quelle dipendenti dal nudo volere delle par-
» ti. Altronde le rinuncie contemplate nel decreto del
» 1817 furono quelle che erano in uso di farsi dalla
» dotata a pro del dotante quando fossero valide, e
» contenenti tutt' i requisiti di una vera transazione.
» Or non avendo ciò nulla di comune col patto alla
» nuova maniera, è inutile l' intrattenersi su gli atti,
» che si qualificano come ratifica de' capitoli, poichè,
» *trattandosi di un dritto successorio eventuale*, *non*
» *trova l' ostacolo del vizio di retroattività*, *e deve*
» *essere regolato secondo la legge vigente al tempo*
» *della morte di Girolamo.*

» Atteso che i primi Giudici omisero di accordare
» gl' interessi su i ducati 400 dotali, che per legge
» son dovuti, e bene furono accordati e pel tempo,
» e per la ragione.

» Atteso che chi soccumbe deve le spese.

» Per tali motivi

» La Gran Corte Civile definitivamente dichiara
» inammessibile l'appello incidente di D. Giuseppe Cir-
» poli minore emancipato assistito dal suo curatore si-
» gnor Natella, non che di D. Cono de Honestis tu-
» tore della minore D. Giovannina Cirpoli avverso la
» sentenza del Tribunal Civile di Salerno de' 31 ago-
» sto 1821, e rigetta le di loro opposizioni alla deci-
» sione contumaciale de' 13 febbraio 1822. Ordina quin-
» di che siffatta decisione si esegua, ed abbia il suo
» pieno vigore, ed effetto, come anche si esegua la
» enunciata sentenza in quanto al pagamento di duca-
» ti 400 dotali, ed a' frutti dell' antefato.

» Condanna gli opponenti anche alle spese di op-
» posizione, liquidate in altri ducati 25-87, ed il
» loro patrocinatore alla multa di carlini 6, senza drit-
« to a ripetizione.

» La esecuzione a' primi Giudici.

» Pubblicata all' udienza de'19 giugno 1822. Pre-
» senti li signori *D. Domenico Montone* Vice-presi-
» dente, *D. Nicola Giannotti*, *D. Alessandro Pe-*
» *trucci*, *D. Giuseppe Castaldi*, *D. Agostino Cap-*
» *pelli*, *D. Michele Cardone*, *D. Nicola Santan-*
» *gelo* Giudici, e D. *Francescantonio Roberti* Regio
» Procurator generale sostituto.

3. — Le massime della prima Camera della Gran

Corte Civile non sono dissimili da quelle delle altre Camere che la compongono. Valga per tutta pruova il seguente esempio, tanto più decisivo, perchè diretto da' lumi del cavalier Presidente Letizia, il quale nel 1816 esercitava la carica di Regio Procurator generale della stessa Gran Corte che ora guida.

Nel 1694 la Casa Santa degl' Incurabili diede in enfiteusi ad Alessio Pirozzi moggia 69 di territorio nell'agro Aversano nel luogo detto *Gaudo*. La concessione fu fatta *pro se*, *suis heredibus*, *et successoribus usque ad tertiam generationem*. Si aggiunse a favore dell' enfiteuta la facoltà di alienare il fondo, colle solite condizioni del consenso del padron diretto, e del pagamento del laudemio.

Ad Alessio Pirozzi successe Gio: Battista il vecchio. Nacquero da costui tre figliuoli, Francesco, Antonio, e Pietro. A Francesco succedè Luigi; ad Antonio, Francesco; ed a Pietro, Giovan Battista il giovane. Questi tre cugini rappresentavano la terza generazione di Alessio, termine dell' enfiteusi. Venuto a morte Gio: Battista in novembre del 1813, insituì sua erede universale e particolare con ogni dritto Arcangiola Farina di lui madre.

Questa liberalità non andò a genio de' due enfiteuti Luigi e Francesco, i quali appigliandosi al con-

tratto originario di enfiteusi del 1694, e riputandosi soli chiamati a rappresentare la terza generazione di Alessio, pretesero il rilascio della terza parte del fondo che il loro fratello Gio: Battista avea con qualità ereditaria trasmessa alla moglie.

Costei fu perditrice in prima istanza. Ma in G. C. Civile fu rilevata da' torti avuti. La decisione renduta, e che qui riportiamo per esteso, è pregevolissima per l'influenza che le massime adottate hanno nella nostra causa.

» *Quistioni* = Prima. Regge l'appellazione propo-
» sta dalla vedova Arcangiola Farina contro alla sentenza
» del Tribunal Civile della provincia di Terra di La-
» voro in data de' 20 febbraio 1815 ?

» Seconda. Sussiste l'appellazione incidente, che
» contro alla sentenza stessa han prodotta Francesco e
» Luigi Pirozzi ?

» Sopra ambe le accennate quistioni la Corte ha
» avvertito, che tutta la controversia si riduce a sape-
» re, se libera ed esente da vincolo rimasto sia nel-
» l'eredità di Giovan Battista Pirozzi la porzione dal
» medesimo posseduta del territorio di circa moggia 69
» posto nel tenimento di Giugliano, che i governatori
» dell'ospedale, e chiesa di S. Maria degl' incurabili di
» questa città con istrumento de' 27 giugno 1694 per no-

» tar Gennaro Falanga di Napoli, diedero in enfiteusi
» al quondam Alessio Pirozzi *usque ad ejus tertiam*
» *generationem*.

» Non si è la Corte fermata a vedere che sussistenza
» abbiano i due contrarj assunti delle parti litiganti,
» uno cioè di essere ereditaria, l'altro di essere *ex*
» *pacto*, *et providentia* l'enfiteusi suddetta; giacchè
» anche in quest' ultima posizione arrivasi per effetto
» delle leggi provvisoriamente in vigore a' risultati istes-
» si, che si sarebbero avuti, quando vera fosse la
» qualità attribuita a quella enfiteusi di semplice ere-
» ditaria, da Arcangiola Farina madre, ed erede del
» defunto Giovan Battista.

» La chiamata de' discendenti da Alessio Pirozzi,
» che Francesco e Luigi affermano di essere contenuta
» nel contratto suddetto, importa un fedecommesso,
» in virtù del quale il fondo enfiteutico si sarebbe
» conservato nella famiglia fino alla 3.ª generazione,
» col peso agl' individui, che sarebbero morti, di tras-
» metterlo a' superstiti, senza poterlo alienare, e di-
» sporne. In tal caso è chiaro che questa chiamata è
» rimasta priva di effetto dal momento in cui i fede-
» commessi furono qui aboliti.

» Dire non si può che l' abolizione de' fedecom-
» messi non comprenda i patti relativi alle successioni

» enfiteutiche. Il divieto delle nuove leggi è espresso
» riguardo a' patti successorj. Il Codice Civile non per-
» mette d' invertire l' ordine delle successioni, che per
» mezzo de' testamenti, delle donazioni tra vivi, e delle
» istituzioni contrattuali a favore delle persone, che si
» maritano e de' loro figli nascituri.

» *Fuori di queste eccezioni, rigetta ogni patto,*
» *ed ogni stipulazione tendente a dare ad un uomo*
» *un successore diverso da quello denotato dalla legge.*
» Non si può (dicesi coll' articolo 1190) rinunziare
» ad una successione non aperta, nè fare sulla stessa
» alcuna stipulazione, anche col consenso di colui,
» della successione del quale trattasi. *È così costante*
» *un tal principio, ed è riguardato per tanto sacro,*
» *che vi sono sottoposti eziandio i contratti di matri-*
» *monio.* = Li futuri sposi (si dice coll' articolo 1389)
» non possono fare alcuna convenzione, il cui oggetto
» sarebbe di cambiare l' ordine delle successioni, sia
» rapporto a loro stessi per le successioni de' figli e
» discendenti, sia in rapporto a' figli tra essi. = *È*
» *inutile di trovarsi il patto, su di cui Francesco e*
» *Luigi Pirozzi si fondano, scritto in un contratto*
» *dell' epoca del 1694, e quindi molto anteriore alla*
» *pubblicazione del Codice Civile. Questo codice sic-*
» *come rispetta e mantiene i diritti acquistati prima,*

» *così è chiaro di avere il medesimo annichilate le*
» *semplici espettative, e speranze esistenti innanzi la*
» *sua promulgazione.*

» Gli enunciati motivi si ebbero per validi, ed
» efficaci dalla Corte di Cassazione di Parigi coll' ar-
» resto che profferì a' 23 novembre 1807. Essa sulla
» dimanda del Procurator Generale Merlin, cassò per
» l' interesse della legge la decisione della Corte di
» appello di Turino del giorno 11 termifero anno
» 13, con cui erasi dichiarato che in un fondo en-
» fiteutico ad una persona morta dopo pubblicato il
» Codice Civile succedere doveasi a norma de' patti
» scritti nell' istromento di concessione stipulato a' 2 gen-
» naio 1702, e rinnovato nel giorno 1. febbraio 1747 (1).

» La Corte quindi, udito il Regio Procurator ge-
» nerale D. Gregorio Letizia nelle uniformi sue con-
» clusioni, rigetta l' appellazione incidente proposta
» da Francesco, e Luigi Pirozzi contro alla sentenza
» del Tribunal Civile della provincia di Terra di La-
» voro in data de' 20 febbraio 1815, e provvedendo
» sull' appellazione principale prodotta dalla vedova
» Arcangiola Farina contro alla sentenza stessa, annul-

(1) *Repert. univ. de jurisprud. art. Emphyt.* §. 6 *tom.* 4 *pag.* 528 *a* 534.

» la questa sentenza, rigetta la domanda di detto
» Francesco e Luigi, ed ordina che tolto il sequestro
» avvenuto per effetto degli atti de' 22 e 23 giugno,
» 22 luglio, e 20 settembre 1814, i quali restano
» cassi, e nulli, sulli frutti della terza parte, un tempo
» posseduta dal *quondam* Giovan Battista Pirozzi del
» detto fondo, la suddetta vedova Farina di lui ma-
» dre, ed erede abbia la percezione de' frutti medesi-
» mi, per cui se le permette farsi pagare da' fittajuoli
» Pietro e Romualdo Capone, e Pietro Giordano l'af-
» fitto a lei spettante, e farsi dare da Raffaele Piroz-
» zi conto de' frutti, de' quali egli ebbe la consegna
» nel detto giorno 20 settembre 1814.

» Condanna gli stessi Francesco e Luigi Pirozzi
» alle spese della lite, eccettuatene soltanto quelle fatte
» nel giudizio di appellazione che restano compensate.

» Pubblicata all'udienza del dì 18 settembre 1816.

Presenti li signori *D. Gennaro Caracciolo* Giudice decano per lo primo Presidente impedito, *D. Alessandro Petrucci*, cavalier *D. Nicola Giannotti*, *D. Luigi de Conciliis*, *D. Vincenzo Vollaro*, *D. Angelo Abatemarco*, *D. Giovanni de Gemmis* Giudici, e cavaliere *D. Gregorio Letizia* Regio Procurator generale.

Dopo questo arresto, che addita le massime della prima Camera della G. C. Civile in materia di quistioni

transitorie , sarebbe improprio ed assurdo il parlar più di patti di Capuana e Nido. Noi dunque chiudiamo questa parte del lavoro , ricordando il principio dell' Augusto nostro Legislatore vivente, proclamato nel preambolo di quello stesso Real decreto de' 4 marzo 1817 , che fu incautamente citato in senso contrario : » LE » SUCCESSIONI DEBBONO ESSER SEMPRE REGOLATE CON » QUELLE LEGGI CHE HAN VIGORE NELL' EPOCA IN CUI SI » DEFERISCONO.

PARTE NONA.

Intorno alle rinunzie de' Claustrali della famiglia Pignatelli di Monteroduni.

I fratelli Pignatelli, e la vedova duchessa di Laurito, nel chiedere che la successione del defunto marchese di Ducenta, come intestata, fra i zii di ambedue le linee si dividesse, pretesero altresì che tre religiosi professi di loro germani, facessero numero e parte in favore de' fratelli eredi del rinunziatario principe D. Giovanni Pignatelli padre comune.

Il Tribunal Civile non ha ammesso questa domanda, perchè ha creduto che ostassero i due Reali rescritti de' 30 gennaio e 9 marzo 1822, co' quali dichiarandosi la incapacità de' monaci ad acquistare ed a ritenere, si definirono anche atti superflui e di niun oggetto le rinunzie che essi facessero nel professare i voti.

I Pignatelli hanno appellato contro questa parte della sentenza de' primi Giudici, credendo che i divisati Reali rescritti non siano di alcun ostacolo. Nell' esporre le ragioni degli appellanti noi procureremo di troncare quelle discussioni, che dopo le massime costantemente adottate dalla giurisprudenza, e specialmen-

te dalla prima Camera della G. C. Civile, sarebbero del tutto oziose ed inutili. Ma prima di entrare in questa disamina, è mestieri di additare la qualità delle rinunzie che si vengono a sostenere.

§. I.

Analisi delle rinunzie de' tre religiosi della famiglia Pignatelli di Monteroduni.

ARTICOLO I.

Rinunzia di D. Ferdinando.

D. Ferdinando Pignatelli nel 1786 in pubblico istromento stipulato per gli atti di notar Gaetano Pepe di Napoli, pria di professar vita religiosa nella venerabile casa di S. Paolo maggiore de' cherici regolari teatini della stessa città, con tutt'i solenni di uso, fece in favor di suo padre D. Giovanni *e de' suoi eredi e successori* ampia rinunzia di tutte le successioni aperte e da aprirsi in qualsivoglia linea ascendentale o trasversale.

Non avvi dubbio alcuno intorno alla qualità *per-*

sonale ossia traslativa di questa rinunzia, poichè, sebbene vi si legga il patto di non domandare, e la circostanza di volersi toglier di mezzo, tuttavolta ciò venne detto in faccia al rinunziatario, e per la sola utilità di lui e de' suoi eredi.

Ed in vero, non espresse già il clerico D. Ferdinando che egli toglievasi di mezzo, sedotto dal desiderio plausibilissimo di menar vita ne' chiostri, ma per favore del rinunziatario e de' suoi eredi. Fu per tal riflesso che egli trasmise ai medesimi il dritto di far valere le di lui ragioni in giudizio, costituendoli come procuratori in cosa propria. Che anzi, siccome a detta rinunzia D. Ferdinando associò alcune riserve, soggiunse che per riscuotere e l'annuo livello, e la somma di ducati cento *pro una vice* riserbatisi, aveva egli il dritto di rivolgersi sopra i beni del padre e de' suoi eredi, e specialmente *su quelli che aveva rinunziati e donati*.

Queste circostanze eminentemente decidono della qualità dell'anzidetta rinunzia di D. Ferdinando. Ne' contratti debbesi osservar meno quello che siasi detto, che quello che effettivamente siasi operato. Laonde presa insieme, ovvero guardata nel suo complesso la rinunzia di D. Ferdinando, non può dubitarsi di essere personale e traslativa, perchè a favore del rinunziatario

e suoi eredi esclusivamente rivolta. Ed è questo precisamente il carattere delle rinunzie di tal natura.

ARTICOLO II.

Rinunzia di D. Maria Vittoria.

D. Maria Vittoria Pignatelli, figlia pur essa del defunto principe D. Giovanni, con istromento del 30 agosto 1780 per gli atti di notar Michele Ruvo di Napoli, pria di far professione nel venerabile monastero della SS. Trinità, solennemente rinunziò in favore di suo padre, eredi e successori a tutte le successioni aperte e da aprirsi, in qualunque linea ciò avvenisse.

Questa rinunzia fu anche amplissima, ed evidentemente *personale* e *traslativa*, poichè si prese in mira l' esclusivo vantaggio del rinunziatario e suoi eredi, usandosi l' accorgimento di definirla estintiva riguardo alla rinunziante, e traslativa riguardo a' suoi rinunziatarj.

E poichè D. Maria Vittoria stipulò l' annuo livello, e il sussidio spirituale pagabile terziatamente (e tutto questo in contemplazione della di lei rinunzia), si convenne che per sicurezza dovessero i beni e dritti rinunziati e donati essere affetti da speciale ipoteca.

Tutte queste condizioni fermamente decidono della qualità traslativa dell' anzidetta rinunzia.

ARTICOLO III.

Rinunzia di D. Maria Ippolita.

Anche quest' altra figlia del defunto principe D. Giovanni Pignatelli nel 19 aprile 1782, con istromento per gli atti di notar Saverio Servillo di Napoli, pria di professar vita religiosa nel venerabile monistero a Pontecorvo delle dame monache carmelitane scalze, fece ampia rinunzia in favore del di lei padre, suoi eredi e successori.

Questa rinunzia fu pure *traslativa*, perchè, come chiaramente offre tutto il suo tenore, non ebbe in voto che il favore de' rinunziatarj tanto che fu espressamente lor conferita la facoltà di chiedere e conseguire i diritti e beni rinunziati e donati, riservandosi soltanto su' medesimi il vitalizio di annui ducati trenta.

§. II.

Principj ricevuti intorno agli effetti delle rinunzie de' religiosi professi.

In prima istanza noi trattammo questo articolo *a priori*, cioè risalendo alle origini monastiche, e quindi scendendo all' ultimo stato della giurisprudenza. In Gran. Corte Civile stimiamo proprio di cangiar sistema; poichè tutta la materia non può essere esposta con precisione maggiore di quella che fu impiegata nella decisione de' 20 aprile 1820, profferita dalla prima Camera nella causa della successione della duchessa di Bovino D. Anna Cattaneo. Questa decisione, guidata dal felicissimo ingegno del Presidente cavalier Letizia, che noi citiamo ad onore della Magistratura, forma per se stessa la più energica dimostrazione del buon diritto de' Pignatelli. Eccola per tenore:

» Considerando che la giurisprudenza del foro ha
» riprovata l' opinione di coloro, che han voluto at-
» tribuire per modo di regola alle rinunzie delle mo-
» nache la qualità *estintiva*, e la *traslativa* a quelle
» delle donzelle che andavano a marito, poichè po-
» teva avvenir benissimo sia nell' uno, sia nell' altro

» caso, che particolari circostanze avessero dettato
» una rinunzia traslativa piuttosto che estintiva. Di
» fatti le rinunzie delle religiose, essendo della natu-
» ra d' ogni contratto, d' ogni stipulazione, non deb-
» bono essere interpetrate che secondo la volontà ma-
» nifestata da' contraenti, per la massima di legge
» che, *semper in stipulationibus*, *et in caeteris con-*
» *tractibus id sequimur quod actum est L. 34. D. de*
» *reg. jur.*

» Considerando che la rinunzia, della quale si
» tratta, porta seco tutti i caratteri della traslativa,
» poichè contiene non solo un' ampia quietanza che la
» sorella, contenta della dote *ingressarum*, e delle
» spese sofferte dal fratello per la vestizione e mona-
» cazione, stipula a pro del fratello stesso ampia quie-
» tanza, onde costui rimane disciolto da ogni obbliga-
» zione, ma in oltre comprende il trasferimento d'ogni
» dritto, ragione ed azione, che le spettava allora,
» e nel tempo avvenire nella persona del fratello stes-
» so nella qualità di donatario, o di rinunziatario: e
» ciò anche in compenso del vitalizio, che si obbligò
» di somministrarle di lei vita durante.

» Considerando che diverse sono le conseguenze
» della rinunzia che la figlia fa al padre nell' atto del-
» la sua monacazione, da quelle che fa la sorella nel

» momento pure di professare i voti monastici al fra-
» tello. Nel primo caso può dubitarsi se la figlia ab-
» bia rinunziato estintivamente, o traslativamente; se
» abbia fatta una ripudiazione di eredità, ovvero una
» donazione; poichè la religiosa col togliersi di mezzo,
» e figurarvi come morta, accresce la disponibile del
» padre, e per tal modo un favore a costui risulta
» dalla rinunzia estintiva, benchè meno ampio di quel-
» lo, che risulterebbe dalla traslativa, mentre in vir-
» tù di questa il padre potrebbe raccogliere altre ere-
» dità che si deferissero alla figlia. Nell' altro caso
» della rinunzia al fratello il dubbio non è concepibi-
» le, poichè non può sospettarsi, che abbia voluto
» togliersi di mezzo colei, che dichiara voler essere
» il mezzo come al fratello si acquisti ogni suo dritto.

» Considerando di non poter dirsi che tali rinun-
» zie debbono per dritto riputarsi sempre estintive,
» attesa l' incapacità del rinunziante a poter acquistare.
» Giustiniano dichiarò che la vita monastica non era
» di ostacolo a succedere, ed accordò al monaco la
» successione. Il monaco però per virtù dell' abdica-
» zione solenne, e del voto di povertà, non poteva
» ritenere l' acquisto, e questo in conseguenza si tras-
» fondeva nel monistero. In somma il monaco è capa-
» ce di acquisto, non già per ritenere, ma per tras-

» mettere a colui, che lo rappresenta. Ad escludere
» però la trasmissione a pro de' monisteri fu inventata
» la rinunzia di coloro che professavano i voti mona-
» stici a favore de' genitori e de' fratelli. E quindi
» ancora sursero le leggi di ammortizzazione che le
» circostanze de' tempi dettarono a' Principi di Europa
» per impedire gl' immensi acquisti de' monisteri. Il
» monaco e la monaca dunque e prima e dopo le
» leggi di ammortizzazione furon reputati come mezzi
» a poter fare acquisto per altrui vantaggio, e perciò
» le loro rinunzie quando furono traslative a favore
» de' loro congiunti, ottennero sempre il favore della
» legge e produssero tutto l' effetto a vantaggio del
» rinunziatario.

» Considerando che tanto maggiormente debbono
» sostenersi le rinunzie traslative delle religiose a fa-
» vore de' congiunti, ora che per le recenti sanzioni
» Sovrane, le leggi di ammortizzazione trovansi aboli-
» te, onde i monisteri son capaci d' acquisti: *quante*
» *volte così fatte rinunzie non ottenessero la loro*
» *piena esecuzione, i monisteri si arricchirebbero*
» *straordinariamente raccogliendo col mezzo de' loro*
» *religiosi quelle successioni deferite a costoro, che*
» *essi incapaci sono di acquistare pel voto di po-*
» *vertà, che han professato.*

» Considerando di non reggere l'opposizione che
» le rinunzie delle claustrali, comunque valide, non
» potessero riputarsi efficaci pe' novelli dritti successo-
» rj, che le rinunzianti non aveano, quando le sti-
» pularono, e che non furono nè calcolati, nè pre-
» veduti in quel contratto; e che quindi la legge de'
» 4 marzo 1817 ha dichiarate valide le rinunzie delle
» donne maritate, ma nel tempo stesso inefficaci ad
» escluderle dalle successioni acquistate per nuova cau-
» sa, per cui per eguaglianza di ragione, non possa
» il rinunziatario di una monaca far valere in suo pro
» un dritto novello non compreso, nè calcolato nell'
» ottenuta rinunzia. Imperciocchè passa molta diffe-
» renza fra le rinunzie delle donzelle, che andavano
» a marito e quelle delle altre che professavano vita
» monastica. Le prime transigevano i dritti loro su i
» paraggi spettanti su i retaggi paterni, materni, e
» de' congiunti per li beni situati nel distretto della
» capitale, onde rimuoversi ogni posteriore disputa di
» supplemento, ed in compenso di ciò che ricevevano
» ne' capitoli matrimoniali, rinunziavano a qualunque
» altro dritto verificato o da verificarsi nelle succes-
» sioni de' loro congiunti, ma non così le seconde.
» Queste non transigevano, ma rinunziavano o per
» togliersi interamente di mezzo nel caso di apertura

» di novella successione, o per accrescere il disponi-
» bile del padre, o per favore dell'agnazione. In qua-
» lunque caso però la proposta opposizione potrebbe
» esser favorevole alla rinunziante nel caso che volesse
» succedere non ostante la stipulata rinunzia: ed es-
» sendo così quel che favorisce il dritto della rinun-
» ziante, non può distruggere quello del rinunziatario.
» Si è detto che i monaci non sono incapaci di acqui-
» stare sol per trasmettere ad altri. Quindi la monaca
» D. Maria Teresa ha acquistato per le nuove leg-
» gi il dritto a succedere alla madre, ma non poten-
» do, a causa de' voti che ha professati, ritenere
» l'acquisto fatto, lo ha trasfuso nella persona del
» rinunziatario, al quale donò ogni ragione sia veri-
» ficata, sia puramente eventuale; e ciò dalla legge
» del tempo della stipulata rinunzia non, era vietato.
» Un assurdo deriverebbe da un sistema contrario di
» opinare. Le rinunzianti avevano per le suddette leg-
» gi del tempo dritto a conseguire il paraggio sulla
» successione. La nuova legge ha distrutto quel diritto
» e ne ha surrogato un altro più esteso quale è quello
» di avere una quota di successione deferita alle ri-
» nunzianti; la condizione di costoro verrebbe a de-
» teriorarsi, per virtù di quella legge istessa che ha
» migliorata la condizione delle rinunzianti. Adunque

» la rinunzia in questione fu traslativa in favore del
» duca di Bovino, e comprese ogni dritto di succes-
» sione anche nel tempo avvenire; nè le leggi poste-
» riori hanno in alcuna parte alterati i dritti, che da
» quella risultano in pro del rinunziatario relativamente
» alla quota dovuta alla rinunziante sulla successione
» materna, aperta sotto l' impero della legge succes-
» soria del Re, N. S.

Queste pregevolissime massime non furono immutate dopo i due Reali rescritti de' 30 gennaio e 9 marzo 1822, poichè la stessa Camera della G. C. Civile, nel 29 luglio di questo anno, risolvendo le dispute insorte fra gli eredi della duchessa di Capracotta, morta in dicembre del 1815, dichiarò che la rinunzia della monaca D.ª Marianna Capece Piscicelli esser dovesse profittevole al duca di lei germano. Il ragionamento di questa decisione fu il seguente.

» Osservata l' epoca della rinuncia in quistione
» del giugno 1806, ed il tenore intero della stessa,
» con la quale la rinunziante non si toglie di mezzo
» dalla famiglia, ma conservandone tutti i diritti,
» quelli rinunzia a beneficio del di lei germano fratel-
» lo duca di Capracotta D. Antonio Capece Piscicelli,
» volendo non solo che questi prenda le successioni
» già devolute ad essa rinunziante, ma prenda anco-

» ra a di lei nome quelle che le sarebbero devolute
» per l' avvenire.

» Considerando che una rinunzia conceputa nel
» modo indicato non puote non essere caratterizzata
» per traslativa, tantoppiù che dovendosi in somiglianti
» atti attendere la volontà della rinunziante, costei
» espressamente disse, e dichiarò di non voler peri-
» mere li suoi diritti, ma quelli voler trasmettere a
» favore del di lei germano.

» Considerando che D. Marianna Capece Piscicelli
» non professò instituto monastico in monastero incapa-
» ce di possedere beni in comune, cosicchè, giusta
» l' opinare di quel tempo, non possa ella intendersi
» come civilmente morta, e di aver perduti i diritti
» del sangue nell' atto di emettere la sua solenne pro-
» fessione.

» Considerando che la successione alla duchessa di
» Capracotta madre della rinunziante e del rinunziatario, e
» delle altre quattro sorelle de' medesimi, si aprì a 9 dicem-
» bre 1815, nel qual tempo, non ostante le leggi che
» vigevano contra l' ammortizzazione de' beni, non si
» giudicava altrimenti delle rinunzie delle religiose, che
» in conseguenza delle massime additate. La monaca si
» aveva per successibile, e se non poteva acquistare
» per trasmettere al suo monastero, reso incapace di

» novelli acquisti, lo poteva bene per trasmettere a'
» di lei rinunziatarj. D'altronde è noto che i dritti
» successorj si acquistano al momento della morte di
» colui al quale si succede. Cosicchè se la successione
» alla duchessa di Capracotta, madre comune de' col-
» litiganti, si verificò nell' accennata epoca de' 9 di-
» cembre 1815, sin da quel momento D. Marianna
» Capece Piscicelli fece acquisto della sua quota ere-
» ditaria, la quale giustamente si reclama dal di lei
» germano rinunziatario duca di Capracotta.

Non è, dopo queste dimostrazioni, una insania il metter più in dubbio lo stato della giurisprudenza intorno alla capacità de' monaci in succedere? E non è per conseguenza più strano il dire che le loro rinunzie operar non debbono gli effetti legali in favore de' rinunziatarj?

§. III.

Analisi legale de' due Reali rescritti de' 30 *gennaio e* 9 *marzo* 1822.

Il senso di queste due determinazioni Sovrane non è dubbioso. Basta leggerle per conoscere che son relati-

ve, non alle rinunzie stipulate sotto l'impero della legislazione antica, ma a quelle che si facessero sotto l'azione del novello editto successorio. Intanto, siccome questa verità fu impugnata da' nostri avversarj, e le loro dottrine ebbero anche fortunato successo in prima istanza, si rende necessaria la esposizione e l'analisi legale de' due Reali rescritti, che si sono opposti.

Il primo di essi è de' 30 gennaio 1822, e vedesi diretto a Monsignor Arcivescovo di Reggio in questi termini: » Ho rassegnato a S. M. i rapporti di V. S.
» Ill. e Rev. *relativi alla capacità o incapacità a*
» *succeder de' religiosi e delle religiose. S. M. pren-*
» *dendo in considerazione* IL TENOR DELLE LEGGI SUC-
» CESSORIE IN VIGORE, ED I PRINCIPJ DEL DRITTO CANO-
» NICO, *si è degnata ordinare che fosse rescritto a*
» *V. S. Ill. e Rev.* CHE I RELIGIOSI E RELIGIOSE
» PROFESSE A RAGIONE DE' VOTI MONASTICI SONO IN-
» CAPACI A SUCCEDERE.

Qui finisce l'annunzio della volontà del Re. Il Ministro però aggiunse: » *Nel parteciparle nel Real*
» *nome questa Sovrana risoluzione per l'uso conve-*
» *niente, gioverà osservare che per effetto della me-*
» *desima, le rinuncie de' monaci e delle monache,*
» *relative alle eredità future hanno a riputarsi come*
» *atti senza oggetto.*

Indi a poco, cioè nel 9 marzo 1822, questo stesso rescritto si comunicò in forma di circolare a tutt' i Procuratori Generali, e Regj delle Corti e Tribunali del regno nel seguente modo: » *Si è dubitato se i religiosi,* » *e le religiose professe siano capaci di succedere, e* » *se le rinunzie autorizzate dal dritto canonico prima* » *della professione religiosa incontrino l'ostacolo del* » *dritto civile. Questo dubbio è stato rassegnato a* » *S. M.; e la M. S. su la considerazione, che le* » *successioni debbono essere regolate esclusivamente a* » *norma delle attuali leggi civili, e che ricevute nel* » *regno le instituzioni religiose,* *COLORO CHE AD ESSE* » *APPARTENGONO, ASTRETTI DAL VOTO DI POVERTÀ,* » *TROVANSI COLLOCATI IN UNO STATO D'INCAPACITÀ* » *VOLONTARIA AD ACQUISTARE ALCUNA PROPRIETÀ,* » *SI È DEGNATA DI DICHIARARE, CHE I RELIGIOSI E* » *LE RELIGIOSE PROFESSE, A RAGIONE DE' VOTI MO-* » *NASTICI SIANO INCAPACI DI SUCCEDERE.*

Immediatamente il Ministro soggiunse: » *Nel parte-* » *cipare nel Real nome alle SS. LL. questa Sovra-* » *na risoluzione gioverà osservare che per effetto del-* » *la medesima le rinunzie de' monaci e delle monache* » *relative alle eredità future, hanno a riputarsi come* » *atti superflui e senza oggetto. — Elleno daranno* » *conoscenza di questa circolare ai collegj presso de'*

» *quali esercitano le funzioni di pubblico ministero,*
» *e ne cureranno il dovuto adempimento.*

Questi due Reali rescritti non. urtan colle leggi esistenti, come a torto si assume. Ed in vero;

1. L'essersi dichiarato che i religiosi professi a ragion de' voti monastici sono incapaci a succedere, non cangia i principj comuni. Questa incapacità ha luogo nel senso che un monaco non possa ritenere l'acquisto derivatogli dalla successione, poichè la incapacità volontaria nella quale, aggregandosi ad una corporazione religiosa, si è messo, impedisce la ritenzione di ogni proprietà a suo profitto esclusivo.

2. S. M. ha ritratto la incapacità a succedere de' monaci, non già da uno stabilimento innovativo delle loro qualità civili, ma dal voto di povertà che essi emettono nel far professione. Or questo voto, secondo il ragionamento delle decisioni testè esposte, mentre inabilita i monaci a ritener l'acquisto, gli rende capaci di tramandarlo al monistero cui son aggregati, e che per istituto incapace non sia di far acquisti in comune.

3. I due Reali rescritti letteralmente parlano d' incapacità a succedere de' monaci, non degl' istituti capaci ad acquistare in comune, ne' quali aggregaronsi; e molto meno quelle Reali determinazioni offendono i dritti che i monaci pria di emetter professione ne' loro

rinunziatarj trasfusero a termini del comun dritto. Cosichè, quando non esiste rinunzia, non è il monaco, ma la Chiesa o sia il monastero quello che fa valere i suoi diritti e succede per lui: il monastero in tal caso unisce alla sua vita civile la vita naturale del monaco, che da se solo per difetto de' dritti civili sarebbe inabilitato a succedere. — Al modo medesimo, allorchè avvi rinunzia, il rinunziatario dimostra che il rinunziante esiste, senza di che non potrebbe rappresentarlo; e qual procuratore in cosa propria fa sperimento de' dritti che il monaco arrecar non volle alla corporazione religiosa, ma trasferire nella persona del rinunziatario.

4. Ne'suddetti due Reali rescritti non si dichiara che le rinunzie de'monaci debbano essere infruttuose. È notevole che in quello de' 9 marzo si annunzia di essere stati due i dubbj sommessi alla saviezza di S. M.; il primo, *se i religiosi e le religiose professe fossero capaci di succedere*; il secondo, *se le rinunzie autorizzate dal dritto canonico prima della professione religiosa incontrassero o no l'ostacolo del dritto civile.* A questo secondo dubbio il Re non rispose nè punto nè poco, ma solo al primo. *S. M. ha dichiarato* (disse il Ministro latore della volontà Sovrana) *che i religiosi e le religiose professe, a ragione de' voti monastici siano incapaci di succedere.* Dunque la

quistione dell' uso ed efficacia delle rinunzie non è stata offesa. Intorno alla capacità de' monaci a succedere il Legislatore si è spiegato ne' termini del sistema ricevuto: è incapace il monaco, non il monistero, od altro suo rappresentante.

La quistione adunque delle rinunzie de' religiosi professi è rimasta intatta, e non può essere altrimenti risoluta che co' principj del *jus* comune, tanto più che a questo proposito il dubbio non risoluto presentossi a S. M. nel senso se sì fatte rinunzie *incontrassero o no l' ostacolo del dritto civile.*

Così stando le cose, è una verità fermissima che sotto l'azione delle leggi civili in vigore, le rinunzie di quei che prescelgono di viver tutta la loro vita ne' chiostri non possono esser accolte. Il divieto di rinunziare alla eredità de' viventi è assoluto, nè ammette alcuna limitazione per classi determinate di cittadini.

Ma le rinunzie già fatte in tempo che le leggi civili erano su questo punto di accordo co' principj del dritto canonico, non possono sotto l' azione delle nuove leggi essere in alcun modo distrutte: che se ciò avvenisse, nelle successioni rinunziate succederebbero i monasteri. Altronde questa transitoria quistione risolver deesi co' principj contenuti nel Real decreto de' 4 marzo 1817, il quale ha già su tale articolo fatto pas-

sar in adagio il sistema di giudicare de' Tribunali: trattandosi di rinunzie a successioni collaterali, bisogna rispettarne la efficacia per escludere il rinunziante, tranne i casi legali di rescissione.

5. Finalmente riflettiamo che nell' esposto modo intender debbonsi le parole da' Ministri aggiunte ai due Reali rescritti nel farne la comunicazione: *Le rinunzie de' monaci e delle monache relative all' eredità future hanno a riputarsi come atti superflui e senza oggetto.* Queste parole non offendono il sistema. I Ministri parlarono di nuove rinunzie, non di rinunzie antiche. Sotto questo rapporto chi potrebbe torre alla massima per essi annunziata tutto il credito che le si dee? I Ministri parlarono il linguaggio delle leggi in vigore, secondo le quali tanto è non rinunziare affatto ad una eredità futura, quanto il violare il severo divieto della legge, rinunziando: *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente* (1). Sostener però che volontà de' Ministri sia stata di troncare gli effetti che nascono dalle antiche rinunzie de' monaci in quanto all' eredità non ancora aperte, è lo stesso che sovraimporre alla chiara mente

(1) *L. 5 cod. de legibus.*

de' Ministri medesimi, obbligandogli a dire ciò che, secondo la ricevuta giurisprudenza, ed il decreto de' 4 marzo 1817, sarebbe oscurissimo assurdo se avesser detto.

Conchiudasi adunque che i due Reali rescritti, su i quali reggevano le speranze de' nostri avversarj, non ledono nè pur di riflesso il sistema uniformemente osservato intorno ai dritti de' rinunziatarj de' religiosi e religiose professe in monasteri capaci di far acquisti in comune.

Obbiezioni — Risposte.

L' argomento più forte che si adduce da' nostri contraddittori, è che i due Reali rescritti, di cui rispettosamente abbiam fatto l'esame, sieno dichiarativi della legislazione antica, ed in conseguenza offendano anche le rinunzie stipulate per lo innanzi. Noi rispondiamo in due modi.

Il dubbio sottoposto all'alta saviezza del Re non ebbe alcun rapporto coll' antica legislazione, ma era nato dall' applicazione de' principj contenuti nella nuova. Ed è perciò che S. M. lo risolse, non già spiegando l'antico dritto, ma PRENDENDO IN CONSIDERAZIONE IL TENOR DELLE LEGGI SUCCESSORIE IN VIGORE. Queste

parole leggonsi nel rescritto de' 30 gennaio. In quello del 9 marzo 1822, la principal considerazione che guidò la M. S. fu che LE SUCCESSIONI DEBBONO ESSERE REGOLATE ESCLUSIVAMENTE A NORMA DELLE ATTUALI LEGGI CIVILI. Laonde è vano il dire, che i due Reali rescritti sieno dichiarativi delle leggi antiche, poichè son essi evidentemente dichiarativi delle leggi nuove.

Questo nostro ragionamento è sostenuto dalla interpetrazione che la prima Camera della G. C. Civile diede a quelle Reali determinazioni nella suddetta causa della successione alla duchessa di Capracotta. Prima che la G. C. decidesse, il Real rescritto de' 9 marzo fu comunicato a tutt' i Tribunali per l' organo del pubblico Ministero. I contraddittori del duca di Capracotta ne fecero capitale, e lo invocarono, ond' egli non riuscisse a profittare della rinunzia di sua sorella D. Marianna Capece Piscicelli. Ed in effetti, ove mai fosse stato vero che l' allegata Sovrana determinazione fosse dichiarativa, il duca non avrebbe avuto alcun dritto, perchè la rinunzia da lui prodotta ne sarebbe stata colpita. Ma la Gran Corte Civile giudicò in diverso senso, ed avendo il rescritto de' 9 marzo come *innovativo*, fece dritto alle domande del duca. Ecco le precise parole della decisione:

» Considerando che non prima de' 30 gennaio

» del corrente anno 1822 S. M. con Real rescritto
» all' Arcivescovo di Reggio che l'avea consultata ri-
» spose che i religiosi, e le religiose professe a ragio-
» ne de' voti monastici sono incapaci a succedere; e
» che non prima del dì 9 del seguente marzo la stes-
» sa M. S. si degnò comunicare la citata sua Sovrana
» disposizione alle Corti e Tribunali civili del Regno,
» espressa ne' termini che le persone che appartengono
» ad istituzioni religiose astrette dal voto di povertà,
» trovandosi collocate in uno stato d' incapacità volon-
» taria ad acquistare alcuna proprietà, erasi degnata di
» dichiarare che i religiosi e le religiose professe a ra-
» gione de' voti monastici siano incapaci di succedere.

» Considerando che LE LEGGI NOVELLE NON RI-
» GUARDANO IL PASSATO OVE DAL LEGISLATORE NON SIA
» ESPRESSAMENTE STABILITO, MA REGOLANO L'AVVENIRE;
» e molto meno riguardano quei casi ne' quali prima
» della legge nuova siasi verificato lo effetto, come nel
» caso in quistione.

Dicevamo dunque a ragione che la quistione non può essere in riguardo a' Pignatelli risoluta con altre norme, che quelle dipendenti dall' antica legislazione, e dal decreto de' 4 marzo 1817.

Si è detto in oltre che, trattandosi non di dritti di già avverati, ma di dritti eventuali, i signori Pi-

gnatelli non possan giovarsene, perchè dalle nuove leggi successorie distrutti — Questo argomento incontra la resistenza dell'enunciato Real decreto, ed anche mal regge, ove si rifletta che i diritti de' monaci rinunzianti furon pria della emissione de' voti, incommutabilmente trasferiti ne' loro rinunziatarj. La eventualità non può più valutarsi dal lato de' rinunzianti, ma solo dalla parte de' rinunziatarj, a' quali indarno si opporrebbe alcuna incapacità.

Ed a questo proposito giova anche avvertire che mal si ricorda la massima di non potere il cessionario aver dritti più estesi del cedente. Non è nuovo che una persona investita de' dritti di un altro prenda ciò che costui per posteriore incapacità non potrebbe raccogliere. Questa limitazione alla regola si è fatta sempre valere per dare effetto alle rinunzie de' claustrali, tuttochè costoro non potessero direttamente succedere. Un esempio si ricava anche dalla nuova legislazione, ove nell' articolo 16 delle leggi penali, mentre si dichiara che il condannato all' ergastolo *non può acquistare nè per atto tra vivi, nè per causa di morte*; il Legislatore aggiugne: *Tuttavia la legge lo considera come mezzo ed organo per potere i di lui discendenti conseguire i dritti successorj ed i condizionali che si verificheranno a suo favore*. Perchè lo stesso princi-

pio, riconosciuto sempre nel vecchio Foro, applicar non si deve alla causa de' Pignatelli? I di loro fratelli, quando rinunziarono, erano abilitati a farlo. La posteriore incapacità se è loro di ostacolo a succeder direttamente, non perciò non sono mezzo ed organo acciò i rinnnziatarj prendano ciò che essi non potrebbero conseguire.

CONCHIUSIONE.

Due grandi verità di applicazione risultano da questa folta memoria — La prima, che a pieno torto si pretende da D. Nicola Folgori di succeder solo all' estinto marchese di lui nipote: l' altra, che, dovendosi dar luogo alla successione legittima in conformità de' nuovi statuti, è una bizzarria il disegno di escluderne i zii materni. — Al contrario, per le gravi ragioni esposte nell'ultima parte dello stesso lavoro, con maggior dritto chieggono i Pignatelli di trar profitto dalle rinunzie di tre claustrali della loro famiglia, per ottenere altrettante quote nella disputata successione, giacchè i rinunzianti, pria di emettere i voti in Religioni capaci di acquisti in comune, traslativamente abdica-

rono in favor del padre e de' suoi eredi e successori ogni lor dritto per eredità già deferite, o da aprirsi.

Laonde la G. C. Civile, mentre rigetterà gli appelli de' signori Folgori, valuterà nella sua giustizia l'appello parziale de' zii materni del defunto, e seconderà i loro voti.

Napoli 18 agosto 1823.

Pasquale Leutini.
Filippo Carrillo.

Dalla Tipografia Zambraja.